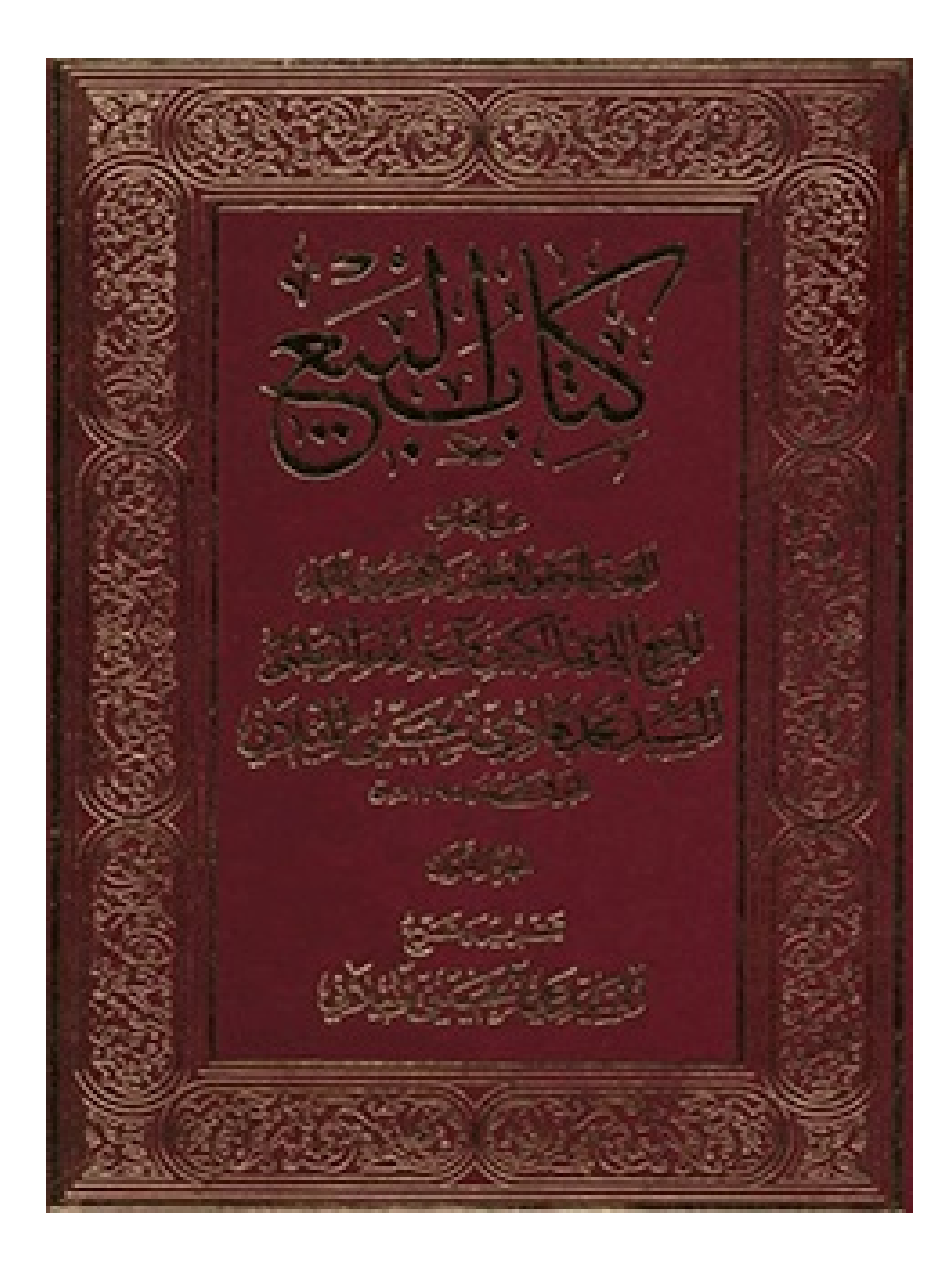

كتاب البيع


بسم الله الرحمن الرحیم

كتاب البيع

کاتب:

آیت الله علی حسینی میلانی

نشرت فی الطباعهٔ:

مرکزالحقایق الاسلامیه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

کتاب البیع المجلد ۱

اشاره

سرشناسه : حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان قراردادی : کتاب البیع .شرح

عنوان و نام پدیدآور : کتاب البیع: من ابحاث الفقیه المحقق العظیم والاصولی الفذالمرجع الدینی الکبیر و آیه الله العظمی السید محمدهادی الحسینی المیلانی / تقریر و شرح علی الحسینی المیلانی.

مشخصات نشر : قم : مرکزالحقائق الاسلامیه □ ۱۴ق.-= ۱۳ -

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : ج.۲ ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۲۹-۳ : ؛ ۱۰۵۰۰۰ ریال: ج.۳ ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۷۲-۹ : ؛ ۱۱۵۰۰۰ ریال: ج.۴ ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۷۶-۷ :

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی.

یادداشت : فهرستنویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت : ج.۲ (چاپ اول: ۱۳۸۸).

یادداشت : ج.۳ - ۴ (چاپ اول: ۱۳۹۲).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : میلانی، محمدهادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳ . کتاب البیع -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

شناسه افزوده : میلانی، محمدهادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳ . کتاب البیع. شرح

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/م۹ک۲۰۲۱۸ ۱۳۰۰ی

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۹۳۴۲۵۸

ص :۱

اشاره

مقدّمه الكتاب

بسم اللّه الرحمن الرحيم

الحمد للّه ربّ العالمين، والصّلاه والسّلام على محمّد وآله الطّاهرين، ولعنه اللّه على أعدائهم أجمعين من الأوّلين والآخرين.

أما بعد

فإنّ شرف علم الفقه لا يخفى وفضله لا ينكر، وقد كانت أحكام المعاملات من اولى إهتمامات فقهاء الطّائفه منذ القديم.

فلمّا ألَّف علّامه الآفاق واستاذ الكلّ على الإطلاق، آيه اللّه العظمى الحاج الشيخ مرتضى الأنصارى - تغمّده اللّه بغفرانه وأسكنه فسيح جنانه - كتابه المعروف ب«المكاسب»، أصبح هو المحور للدراسات العليا فى فقه المعاملات، من قبل كبار الفقهاء فى الحوزات العلميّه، وما أكثر الكتب المصنَّفه فى شرحه والتعاليق المطوّله والموجزه عليه.

وكان جدّنا الفقيه العظيم، والمحقق المدقّق الفذ، والمرجع الدينى الكبير، آيه اللّه العظمى السيّد محمّد هادى الميلانى طاب ثراه، قد حضر هذا البحث فى النجف الأشرف على أُستاذى الفقهاء والمجتهدين، آيه اللّه العظمى الشيخ ميرزا محمّد حسين النائينى الغروى، المتوفى سنه ۱۳۵۵، وآيه اللّه العظمى الشيح محمّد حسين الإصفهانى الغروى، المتوفى سنه ۱۳۶۱.

ثم إنّه درّس هذا البحث - بدوره - فى النجف الأشرف، وحضر أبحاثه هناك

جماعه کبیره من فضلاء الحوزه العلمیّه، الذین أصبح کثیر منهم فیما بعد، من کبار المراجع ومشاهیر الأعلام والأساتذه المرموقین.

ولو أنه بقی فی النجف الأشرف واستمرّ فی أبحاثه الفقهیّه والاُصولیه وغیرها، لتقدّم علی جمیع أقرانه، وکان الاستاذ الأعظم والمرجع الأعلی، کما سمعت من غیر واحدٍ من أساتذتی، کآیه اللّه العظمی المیرزا محمّد کاظم التبریزی وآیه اللّه الشیخ مجتبی اللّنکرانی رحمه اللّه علیهما.

ولکنّه انتقل إلی کربلاء المقدّسه فی سنه ۱۳۵۶، وکان مجلس درسه فی تلک الحوزه أیضاً عامراً بفضلائها فی ذلک الوقت، حیث درّس الفقه والاصول والتفسیر وغیرها.

ثم انتقل إلی مشهد الرّضا علیه السّلام، فی سنه ۱۳۷۳، فکان أحد المراجع العظام، وزعیم الحوزه العلمیّه بها، والملاذ الأکبر للاُمّه فی الحوادث السیاسیّه والإجتماعیّه الرّاهنه.

* * *

أمّا مرجعیّته، فقد قال بأعلمیّته غیر واحدٍ من الأعلام المرجوع إلیهم والمسموع قولهم فی مختلف الأوساط، کالعلّامه الطباطبائی صاحب (المیزان فی تفسیر القرآن) رحمه اللّه علیه، وآیه اللّه العظمی الشیخ محمّد تقی البهجه حفظه اللّه، وغیرهما، وهکذا جماعه کبیره من الفضلاء فی الحوزه العلمیّه وخارجها...

ممّا أدّی إلی إقبال الناس علیه، یطلبون منه الرساله العملیّه، حتی أذن بتجدید طبع رسالته، فانتشرت فی البلاد ورجع إلیه أهالی منطقه خراسان، ثمّ امتدّت مرجعیّته إلی سائر المحافظات والمدن، وحتّی قلّده الکثیرون من الشیعه فی البلاد المجاوره، کأفغانستان وپاکستان والعراق وسائر البلدان، وجاءت الحقوق الشرعیّه من المقلّدین، وشرع فی المشاریع التی جرت بأمره.

وهكذا، فقد أصبح الزعيم الأكبر فى الشئون الدينيّه بالمفهوم العام، إذْ لم تقتصر جهوده على تأسيس المدارس والمعاهد الدينيّه فقط، بل أسسّ أو شيّد كثيراً من الحمّامات والمغتسلات والمستوصفات، إلى جنب المساجد والحسينيّات، فى مختلف المناطق، وحتى فى قضايا الزلازل التى وقعت فى البلاد أكثر من مرّه فى عهده، فإنّه قد أوعز إلى بعض مقلّديه بالمبادره إلى إعاده بناء ما هدمته أو أصابته الزلازل من دور السّكن وغيرها.

إلّا أنه قد أولى الاهتمام البالغ بالحوزه العلميّه، بتأسيس المدارس فيها أو تجديد بناء بعضها، وقد جعل للدروس فى مدارسه برامج خاصّه، يدرّس فيها الطلّاب مختلف العلوم الإسلاميّه، ويختبرون، ويشجَّع المشتغلون بالرواتب والجوائز الماديّه والمعنويّه، ولقد كان طاب ثراه، محبّاً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجدّين منهم، متفقّداً لأحوالهم التفقّد الأبوى بحنانٍ ولطف.

ثم إنه عزم على دعوه العلماء الأعلام للإقامه فى مشهد والتدريس فى الحوزه العلميه، حتى تزدهر وتنشط الدراسه أكثر فأكثر، وقد كان من أشهر من دعاهم واستجاب:

١ - شيخنا آيه اللّه العظمى الوحيد الخراسانى.

٢ - آيه اللّه الشيخ على الفلسفى.

٣ - آيه اللّه الشيخ على المشكينى.

ولا يخفى ما كان لتواجد هؤلاء الأعلام فى الحوزه العلميّه، من الأثر فى الحركه العلميّه وتوجّه العلماء والفضلاء وإقبالهم عليها.

لقد اهتمّ بأمر الحوزه العلميّه اهتماماً بالغاً، خدمهً للمذهب والعلم والعلماء، وللعتبه المقدّسه الرّضويه، إذ كان يرى أنّ الحوزه تعدّ من شئون العتبه المطهّره، وأنه كلّما تقدّمت الحوزه وازدهرت، إزداد مشهد الإمام عليه السّلام شوكهً وعظمهً

وجلالهً، وقد سمعت منه هذا المعنى أكثر من مرّه.

وليس الـدّرس فقط، فقـد اهتم كثيراً بالجانب العقيـدى والتربوى، فقـد كان - بالإضافه إلى المعاشـره مع الطلّاب بالآداب السّاميه والأخلاق الفاضله، ليكون قدوهً لهم - يلقى عليهم فى المناسبات محاضرات توجيهيّه، ولا زالت تعاليمه موجودهً فى الأذهان إلى هذا الزّمان.

* * *

واشـتهر السيّد الجدّ طاب ثراه بالمرابطه والمحافظه على حدود الشـريعه المقدّسه، فى اصولها وفروعها وسننها، وخاصّهً فى مجال الاـصول الاعتقـاديّه، وبالأـخصّ فيمـا يتعلّق بمقامـات ومنازل أهل البيت والعتره النبويّه المطهّره، وتلك فتاواه ضـدّ بعض الأفكار المضلّله من بعض المعمّمين وغيرهم، موجودهً فى لوثائق التاريخيّه الخالده.

وكـذلك فيما يتعلّق بالقوانين الوضـعيّه المخالفه للشّـريعه المقـدّسه، التى حاولت الحكومه آنذاك تطبيقها فى البلاد، فقد صَـمَد طاب ثراه فى مقابلها وتحمّل أنواع الأذى والمضايقات للحيلوله دون وصول الحكومه إلى مآربها.

لقد سمعنا منه مراراً قوله: علينا أنْ نقف أمام ترويج الأباطيل والمنكرات فى هذا البلد المتعلّق بأهل البيت والإمام المهدىّ المنتظر أرواحنا فداه.

وبالفعل، فقد وفّق كثيراً، وسدّد اللّه تعالى خطاه على طريق الحق والدفاع عن الدين.

إنه كان دائماً يستمدّ العون من الإمام عجّل اللّه فرجه، ويأمر بالتوسّل به فى كلّ الأوقات، وكانت رعايته عليه السّـلام له مشـهودهً فى كافّه المجالات.

* * *

ومن الألطاف الرّبوبيّه وعنايات الأئمه الأطهار فى حقّه، ما كان عليه طاب

ثراه من الكمالات المعنويّه والحالات الرّوحيّه، فتلك قضيّته مع شيخنا آيه اللّه الحاج الشيخ مرتضى الحائرى اليزدى، فقد سمعتها من شيخنا مشافههً، وهى موجوده بخطّه فى مذكّراته.

كما أنّ له معى أيضاً قضيّه مشابهه لها.

وتلك قضيّته مع من حضر عنده فى حال الجنابه، وقد تكرّر ذلك، فإنّه كان يذكّرهم، وقال لأحدهم فى غرفته الخاصّه: إنّ الملائكه لتهبط إلى هذا المكان وتروح، لكونه محلّاً لمذاكره القرآن وروايات المعصومين، من أجل استنباط الأحكام وهدايه الناس، فما كان ينبغى لك أنْ تحضر هنا بهذه الحال.

وتلك قضيّته مع زائر من زوّار الإمام عليه السلام، قد قضى ليلته فى القطار بالفسق والفجور، فلمّا وصل إلى مشهد، انتبه من غفلته وندم على ما فرّط، فاغتمّ لذلك بشدّه، ولم يدخل الحرم حتى المساء، خجلاً من الإمام عليه السّلام، فلمّا حضر الصّلاه، فى الصّحن الشريف خلف السيّد الجدّ، وجاء بعد الصّلاه للسّلام عليه، خاطبه السيّد بقوله: أنت محبوب عند الإمام عليه السّلام لأنّك جئت لزيارته وهو يحبّ زوّاره، غير أنّ عملك كان سيّئاً وأنت نادم عليه وتائب منه، فادخل الحرم ولا بأس عليك.

وهذه نبذه من كراماته الباهره، علمنا ببعضها فى أيّام حياته، وما كنّا نتحدّث بها لعدم رضاه بذلك.

وبهذا نكتفى فى التعريف به طاب ثراه (1).

* * *

---

١ – ١) ومن أراد التفصيل فليرجع إلى كتاب «علم وجهاد» تأليف عمّنا العلّامه الحجه السيد محمّد على الميلانى المطبوع فى جزئين.

وأمّا كتاب البيع... .

فلقد درّس طاب ثراه فى الحوزه العلميّه بمشهد المقدّسه:

كتاب الإجاره

وكتاب الصّلاه

وكتاب الزكاه

وكتاب الخمس

على كتاب «شرائع الإسلام» للمحقّق الحلّى.

ثمّ درّس كتاب البيع، على كتاب «المكاسب» ولكنّه لم يتم كما سيأتى.

وقد كان كتاب البيع آخر أبحاثه، وكان قد وعد تلامذته بتدريسه إجابهً لطلبهم، ولذا قال فى أوّل البحث: كنت قد وعدت غير مرّه بالبحث فى المعاملات وفى خصوص البيع من المكاسب للشيخ الأعظم قدّس سرّه، فهذا أوان الوفاء بالوعد والشّروع فى بحث البيع، وأحمد اللّه على التوفيق وأستخيره فى ذلك.

وكان الشّروع فيه فى اليوم الثانى عشر من ربيع الأول سنه ١٣٩١.

وجعل عنوان البحث - كما ذكرنا - كتاب البيع للشيخ الأعظم، فهو أوّلاً يشرح عباره الشيخ ويقرّر مراده، بأدبٍ رفيع وتواضع جميلٍ لمكانه الشيخ العلميّه، وربّما ألجأته المحافظه على مقام الشّيخ والإحترام له، إلى توجيه كلامه وحمل عبارته على خلاف ما هى ظاهره فيه، قائلاً: إنّ مقام الشيخ يقتضى أنْ يكون مراده كذا لا كذا وإنْ كان ظاهر عبارته.

ثم يتعرّض لكلمات الأكابر حول كلام الشيخ وغيره بالبحث والنقد، فإذا ما أراد أنْ يشكل على الشيخ أو أحدٍ منهم قال: «هذا سهو من قلمه» أو «لا يمكن المساعده عليه»، وربما اقترن ذلك بقوله: «إنه كبير ونحن صغار بالنسبه إليه ولكنْ ماذا نفعل»! بل قد وجدناه إذا أراد الردّ على الكلام لا يصرّح باسم قائله، حفظاً لعلوّ

مقامه ورفعه مكانته.

إن الأكابر الذين يتعرّض السيّد الجدّ لآرائهم من المتأخّرين عن الشيخ الأعظم هم:

١ - الشيخ حبيب اللّه الرشتى، بتقرير تلميذه الإشكورى.

٢ - الشيخ محمّد حسن المامقانى، صاحب «غايه الآمال» وهو جدّه لأُمّه.

٣ - الشيخ محمّد كاظم الخراسانى، فى تعليقه المكاسب، ويعبّر عنه ب«المرحوم الآخوند».

٤ - السيّد محمّد كاظم الطباطبائى اليزدى، فى حاشيه المكاسب، ويعبّر عنه ب«المرحوم السيّد».

٥ - الشيخ ميرزا محمّد حسين النائينى، ويعبّر عنه ب«الميرزا الاستاذ».

٦ - الشيخ محمّد حسين الإصفهانى، ويعبّر عنه ب«شيخنا الاستاذ».

وهذان الأخيران هما استاذاه فى الفقه والاصول.

والجدير بالذكر، أنّ ظاهر كلامه أحياناً - لدى النقل عن أحد استاذيه رأياً - هو الحكايه عنه مباشرةً، كقوله فى بعض الموارد: «وكان الاستاذ يقول... وكنّا نشكل عليه» ممّا يدلّ على استحضاره لمطالب مشايخه.

وكم كان يعتزّ بهم، خاصّةً بأُستاذه الشيخ الإصفهانى، فإنّه كان يعتنى بأقواله، ويراجع حاشيته على المكاسب، وكان يحتفظ بنسختين منها، وقد قال لى يوماً:

«إنّ لى - والحمد للّه - مطالب فى المكاسب لم يتعرّض لها الشيخ الاستاذ»، فكأنّه كان يحمد اللّه على أنْ وفَّقه للاستدراك على إفادات شيخه فى مباحث البيع.

* * *

قلنا: إنه كان طاب ثراه محبّاً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجدّين منهم، متفقّداً لأحوالهم... هذا بالنّسبه إلى سائر الناس، فكيف بتلامذته؟

وأمّا بالنسبه إلی أهل العلم من أحفاده، فقد تضاعفت رعایته وعنایته المعنویه والمادیّه... .

لقد کنت فی أیّام الصّیف - فی أغلب السنّین - فی خدمته، ولکنّها کانت أسفاراً قصیرهً، فلمّا اضطربت أوضاع حوزه النجف الأشرف، وخاصّهً بعد وفاه آیه اللّه العظمی السید محسن الحکیم رحمه اللّه علیه سنه ۱۳۹۰، وتعطّلت الدروس، سافرت إلی مشهد المقدّسه، وفی هذه المرّه طال المکث عنده، فکنت أحضر بحثه، وأستفید منه الکثیر من الفوائد العلمیّه، وأتعلّم منه الأخلاق الکریمه، إذا سألته أجابنی، وفی کثیرٍ من الأوقات کان یبتدأنی، فیفیض علیَّ من علمه، أو یمتحننی بسؤال، أو یأمرنی باستخراج مطلبٍ فی مکتبته، أو باستنساخ مکتوبٍ من مکاتیبه، فکان قد عرف عنّی من مجموع تلک الاُمور شیئاً أصبح السّبب فی شدّه عنایته بی ورعایته لی، حتی أنه قال لی غیر مرّه: «أتمنیّ أنْ تبقی عندی» وقال لغیر واحدٍ من الأشخاص من الاُسره وغیرها: «الأمل فی هذا الولد کبیر».

ولقد انعکست عنایته بی فی مکاتیبه إلیّ (۱):

فلقد جاء فی أحدها: «إنی أذکرک فی قلبی کثیراً ولک سهمٌ فی غالب أدعیتی، خبّرنی عن أحوالک واُمورک باستمرار».

ص:۱۲

۱- ۱) اقتصرت منها علی محلّ الحاجه، ولا یخفی أنها کلّها معنونه بعنوان «قرّه عینی» وکان اسمی «علی الأصغر» لوجود أخٍ لی اسمه «علی الأکبر» حفظه اللّه، لکنهم خاطبونی فیما بعد ب«علی» وبهذا عرفت فی سائر الأوساط.

وفی کتابٍ بتاریخ شهر رمضان سنه ۱۳۸۴، یوصی بالبرّ بالوالدین:

وفی کتابٍ أرسله بتاریخ ۲ ذی القعده الحرام سنه ۱۳۸۶، یوصی بالمداومه علی صلاه اللّیل:

ص:۱۳

وكان يمدّنى بالكتب التى أحتاج إليها أو تنفعنى فى سبيل التحصيل:

ص:۱۴

وكتب إليّ لمّا رجعت من حجّ بيت اللّه الحرام:

ص:١٥

وهذا كتاب آخر أرسله إلىَّ فى ۱۸ ربیع الأوّل سنه ۱۳۹۰، وهو من أحسن المكاتیب التوجیهیّه الراقیّه:

ص:۱۶

«إن العمده فی استکمال مراتب الفضیله أربعه أشیاء:

الأول: المعارف الآلهیّه.

والثانی: التقوی.

والثالث: الفقه والاصول.

والرابع: مکارم الأخلاق.

فإنّ اجتماع هذه الأرکان الأربعه فی غایه الأهمیّه، وهو المستعان سبحانه وتعالی.

وإنّ الدعاء والتوسّل بمقام الولایه وطلب العنایه المبارکه لولیّ العصر أرواحنا فداه، هی الوسیله العظمی لنیل تلک الأرکان الأربعه. إن شاء اللّه تعالی».

* * *

وبالأخره... دعانی إلی مشهد والکون بخدمته.

فقد کنت فی النجف الأشرف، وأنا متهیّؤٌ منذ مدّه لحضور بحث الخارج علی أعلامها، لکن الأوضاع مضطربه والأفکار مشوّشه، وکان أهلی یفکّرون لی بالزّواج، وربّما خطبوا من بعض البیوت، وإذا بکتابٍ من السیّد الجدّ إلی السیّد الوالد بتاریخ ۶ صفر سنه ۱۳۹۳ یقول فیه: «إنْ کان فی زواج السیّد علی أو السیّد علی الأصغر تأخیر، فمن المستحسن أنْ یأتی إلی المشهد المقدّس ویدرس هنا ویکون عوناً لی. وقد وصلنی الکتاب الذی أرسله (۱)، وسررت بذلک. دام بقاه إن شاء اللّه تعالی».

۱- ۱) أرسلت إلیه دفتراً شرحت فیه قول المحقق الحلّی فی شرائع الاسلام فی غسل الأموات «وأقلّ ما یلقی فی الماء من السّدر ما یقع علیه الاسم» فی أکثر من خمسین صفحه، وکتاب (الإمام الثانی عشر) تألیف العلّامه الحجه السیّد محمّد سعید آل صاحب العبقات، الذی قدّمته للطبع بمقدّمه وتعالیق واستدراکات قیّمه، فی النجف الأشرف.

فلمّا وصل هذا الكتاب، بادرت إلى السّفر إلى إيران، ووصلت إلى محضره الشّريف فى شهر ربيع الثانى سنه **۱۳۹۳**.

فرحّب بى أيّما ترحيب... .

وقرّر طاب ثراه أنْ أكون له معيناً فى شئونه العلميّه فقط.

فكان كلّما أراد أنْ يطالع للدّرس أو يجيب عن استفتاءٍ، حضرت عنده، فكان تخريج كلّ ما يحتاج إليه من الرّوايات وأقوال الفقهاء على يدى، وإذا أراد مفهوم كلمهٍ رجعت إلى كتب اللّغه وأخرجت له كلمات اللّغويين، وإذا أراد ترجمهٍ راوٍ من الرواه، أخرجتها له من الكتب الرّجاليه وقرأت عليه آراء علماء الرجال فيه، وهكذا... فكان يسجّل خلاصه مطالعته وتحضيراته للدرس فى أوراقٍ تحت يده، وتلك الأوراق كلّها - أو جلّها - محفوظه الآن، وكذا أجوبه الاستفتاءات المفصّله

التی أمر باستنساخها والاحتفاظ بها.

وهكذا، فقد كنت بخدمته هذه المرّه، من أوائل السنه الدراسیّه ۱۳۹۳، إلی أنْ مرض رحمه اللّه، وتعطّل الدرس فی شهر ربیع الثانی وکان بحثه فی مسائل بیع الفضولی.

وما طال مرضه إلّاشهوراً قلائل، حتی توفی فی آخر شهر رجب عام ۱۳۹۵.

ثم إنّه - طاب ثراه - لمّا تعطّل الدرس، وکأنه کان عالماً بدنّو أجله، قال لی فی بعض الأیّام: «إنی وإنْ کنت احبّ أنْ تکون عندی، لکن مواصله الدرس أهم، وأخشی أن یضیع وقتک هنا، فالأولی أن تذهب إلی قم».

فنزلت مدینه قم المقدسّه، بعد أنْ تهیّأت لی دار للسّکن مستأجره لمدّه قلیله بأمرٍ من السیّد الجدّ، وقد جعل لنا راتباً شهریّاً:

* * *

لقد حضرت فی حوزه قم الکبری علی أعلام الطّائفه وأساطین العلماء فی الفقه والاصول، من کبار المراجع وغیرهم، وهم:

۱ – آیه اللّه العظمی السیّد محمّد رضا الگلپایگانی قدّس سرّه.

حضرت علیه فی الحجّ والبیع والقضاء والشهادات والحدود.

وقرّرت بحثه فی البیع، ودوّنته حاشیةً علی المکاسب، وطبع باسم (بلغه الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب) إلی آخر المعاطاه، فی مجلّد واحد.

ثمّ قرّرت بحثه فی القضاء والشهادات، وطبع بأمر منه کذلک، فی ثلاث مجلّدات.

۲ – آیه اللّه العظمی الشیخ حسین الوحید الخراسانی دام ظلّه.

حضرت علیه دورةً کاملةً فی الاصول.

وفی الفقه: حضرت علیه فی أبوابٍ کثیره من العبادات والمعاملات، کإحیاء الموات والمکاسب المحرّمه والطّهاره والصّلاه والبیع والخیارات، وبعض القواعد الفقهیّه.

ثم درّست الاصول وطبع منه حتّی الآن مباحث الألفاظ فی أربع مجلّدات.

۳ – آیه اللّه العظمی السیّد محمّد الروحانی قدّس سرّه.

حضرت علیه فی الاصول.

۴ – آیه اللّه العظمی الشیخ میرزا محمّد کاظم التبریزی، قدّس سرّه.

حضرت علیه فی الفقه.

۵ – آیه اللّه العظمی الشیخ مرتضی الحائری الیزدی، قدّس سرّه.

حضرت علیه فی الخیارات.

وبما ذکرت ظهر: أنّی حضرت فی البیع علی السیّد الجدّ والسیّد الگلپایگانی والشّیخ الوحید، إلا أن حضوری علی شیخنا کان إلی آخر الکتاب.

ولقد طرحت أنظار السیّد الجدّ فی بحث شیخنا دام بقاه، ودخلت فی کتابات فضلاء الدّرس، واهتمّ بها الکثیرون منهم، فکنت من ذلک الوقت أشتغل علی

مطالب السيّد الجدّ وأُمعن النّظر فيها، وأُضيف إليها ما استفدته من أبحاث سيدنا الاستاذ الگلپايگانى وشيخنا الاستاذ الوحيد، وما لم يتعرَّض له السيّد الجدُّ من مطالب الأكابر، وما فى بعض الحواشى الاخرى كحاشيه المحقق الإيروانى، وأنظار المحقق الخوئى من مصباح الفقاهه.

وخرّجت فى الهوامش ما جاء فى بحثه من الآيات والأخبار والأقوال، ووضعت له العناوين، ورتّبته ونقّحته بالإصغاء إلى أشرطه البحث من جديد.

فلما وصلت إلى آخر المعاطاه، وجدته قد اكتمل جزءً، يصلح لأنْ ينتشر، فقدّمته للطّبع، خدمةً للعلم وأهله، وأداءً لبعض حقوق السيّد الجدّ وإحياءً لذكره، وتقديراً منى لما بذله من جهدٍ فى تعليمى وتربيتى.

وأسأل اللّه العلىّ القدير أنْ يوفقنى لإتمام هذا العمل، وأن يتقبّله بأحسن القبول. والحمد للّه رب العالمين.

قم المقدّسه

على الحسينى الميلانى

ص:٢١

بسم اللّه الرحمن الرحيم

الحمد للّه ربّ العالمين والصّلاه والسّلام على محمد وآله الطاهرين ولعنه اللّه على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

وبعد، فقد كنت قد وعدت غير مرّه بالبحث فى المعاملات، وفى خصوص البيع، من المكاسب للشيخ الأعظم قدّس سرّه، فهذا أوان الوفاء بالوعد والشروع فى بحث البيع، وأحمد اللّه على التوفيق واستخيره فى ذلك:

ص:٢٥

البیع: معامله إنشائیه بین اثنین بنحو المعاوضه فی الملکیّه

اشاره

قولنـا: «معـامله» لإخراج العبـاده، وهی فی الاصـطلاح: الأمر الـذی یتوقّف ترتّب الأثر علیه علی قصـد القربه، والمعامله لا یتوقف ترتّب الأثر فیها علی قصد القربه. وبعباره أخری: المعامله یترتّب الأثر علی وجودها الخارجی، وهو - أی الوجود الخارجی - علّه تـامّه للأثر، فإنْ قصـد القربه أعطی الثواب، وإلّا فالأثر الخاصّ لها مترتّب لا محاله، والعباده أمر یقتضـی الأثر المترتب علیه، لکنّه مشروط بقصد القربه حتی تحصل الفعلیّه للأثر.

وقولنا: «إنشائیّه» فی قبال التوصّلیّات التی یطلق علیها العباده بالمعنی الأعمّ، ولیس فیها حیثیّه الإنشائیّه، کغَسل الید ونحو ذلک.

وقولنا: «بین اثنین» إحتراز عن المعامله الإنشائیه التی لیست کذلک، کالوقف العامّ مثلاً.

وقولنا: «بنحو المعاوضه» یخرج ما إذا کان معامله إنشائیّه بین اثنین لا کذلک، کالهدیّه.

وقولنا: «فی الملکیّه» لإخراج المعاوضه بین التملیکین، کما هو الحال فی الهبه المعوّضه، فإنها تملیک بعوض تملیک.

ص:۲۷

فالبيع معامله خاصّه بهذه الخصوصيّات.

و«البيع» حيثما يطلق هذا اللّفظ فى مقابل الإجاره والنكاح وغيرهما...

إسم لم يلحظ فيه جهه المصدريّه التى فيها النسبه الناقصه، فالمعنى المصدرى الذى يقال فى ماضيه: باع، وفى مضارعه يبيع، فيه جهه النسبه الناقصه المقابله للنسبه التامّه، أى: نسبه العرض إلى موضوعه، لكنْ لمّا نقول:

البيع، الإجاره، النكاح، الهبه... فهى أسماء غير ملحوظ فيها جهه الإضافه إلى الفاعل، ففى مثل قوله عليه السّلام: «أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً، فهما بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» (1) لا يقصد المعنى المصدرى، وكذا فى قوله تعالى «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» (2) وفى «رِجالٌ لا تُلْهِيهِمْ تِجارَةٌ وَ لا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللّهِ» (3)، بل المراد تلك المعامله الخاصّه المسمّاه باسم البيع فى قبال غيرها من المعاملات.

قال الشيخ قدّس سرّه:

وهو فى الأصل - كما فى المصباح - مبادله مال بمال (4).

هذه عباره المصباح المنير، وليس كذلك فى الكتب اللغويّه الأخرى، كالمفردات والصّحاح والقاموس (5).

1- 1) وسائل الشيعه 18 / 6، الباب 1 من أبواب الخيار، الرقم 4.

2- 2) سوره البقره: 275.

3- 3) سوره النور: 37.

4- 4) المصباح المنير: 69.

5- 5) المفردات فى غريب القرآن: 67، صحاح اللّغه 3 / 1189، القاموس المحيط 3 / 8.

إشكال المحقق الخراسانی:

فقـال المحقق الخراسانی رحمه اللّه علیه فی الحاشـیه: التعبیر بالمبادله لا یخلو من مسامحه، وحقّه أنْ یقال: تبـدیل مالٍ بمال، فإنه فعل الواحد لا الاثنین (۱).

الردّ علی الإشکال:

وهذا منه عجیب إنصافاً، لأنّ تبدیل المال بالمال یتحقق بفعل الواحد ولا یتوقف علی طرفٍ، کأن یتلف الإنسان مالاً له، ثم یبدله بمالٍ آخر من أمواله، فإنه یصدق التبدیل ولا علاقه له بالبیع. وبعباره أخری: «التبدیل» أعمّ من «المبادله». هذا أوّلاً.

وثانیاً: إنّ المشتری وإن کان معطیاً للبـدل، لکن نفس البـدل قائم بطرفین، إذ المشتری معط والبائع آخذ له، وحینئذٍ، یصح التعبیر بالمبادله.

تحقیق المحقق الإصفهانی فی معنی هیئه المفاعله:

وثالثاً: فإنّ التحقیق ما أفاده الشـیخ الأستاذ قدّس سرّه(۱) من أنّ ظاهر الصّـِرفیین هو أن هیئه المفاعله موضوعه لصدور المبدء من اثنین.

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۳.

وما ذكروه سهو، فإن صدور المبدء منهما - بحيث تدلّ عليه الهيئه - منحصر بالتفاعل، وأمّا المفاعله، فإنّما تدلّ على صدور المبدء من الفاعل متعلّقاً بالغير، ولذا انحصرت صيغه المفاعله بالأفعال المتعديه.

وبعباره أخرى: ماده «فَعَلَ» إنما تدلّ على نسبه العرض إلى موضوعه، ولا تدلّ على شىء سواه من الزمان وغيره، بل هى مداليل خارجيّه، وذلك، لأن هذه المادّه تدلّ على الحدث، وهيئتها تدلّ على نسبه الفعل إلى الفاعل، ولذا كان «فَعَلَ» فى اللّازم والمتعدّى معاً، سواء وجد فى الخارج ما يقع عليه الفعل أو لا، فهو صادق. نعم، فى الأفعال المتعديّه حيث نفهم الوقوع على

الغیر، یکون من باب أن ذاک الحدث لیس قائماً بنفس الفاعل، بل هو متعدّ منه بصدوره عنه ووقوعه علی غیره، ولذا نفهم المفعول به من الخارج بالدلاله الإلتزامیه، ولا دلاله للهیئه علی ذلک أصلاً.

وهذا المعنی - أعنی الصّدور من الفاعل والوقوع علی الغیر - هو مدلول هیئه «فاعَلَ»، فإنها نسبه خاصّه بین العرض وموضوعه واقعاً علی الغیر، ولذا قلنا یکون دائماً من الفعل المتعدّی ولا یکون من اللّازم، فالهیئه المذکوره موضوعه لهذه النسبه، سواء صدر المبدء ممّن وقع علیه الحدث کذلک أو لم یصدر، ولذا یقال: خاطب زوجته، ظاهر امرأته، قال تعالی: «یُراؤُنَ النّاسَ» (۱) سافر زید، نافق عمرو... إلی غیر ذلک من الإستعمالات الصحیحه الفصیحه.

فهذا هو التحقیق، واشتباه الصرفیین لیس بعزیز.

فی هیئه التفاعل

وأمّا هیئه التفاعل، فقد ذکر شیخنا الأستاذ رحمه اللّه: بأنّ الهیئه الواحده لها مدلول واحد، أی نسبه واحده، لکن هیئه التفاعل - وهی واحده - لها مدلولان، أی صدور المبدء من کلٍّ من الطرفین، فقال: هیئه التفاعل نسبه خاصّه بین الطّرفین.

قلت: الهیئه الواحده لا تدلّ إلّاعلی معنی واحد، فما ذکره متین جدّاً، لکنّه لمّا وجد التفاعل دالّاً علی صدور المبدء من الطرفین، فیقال: تضارب زید وعمر. أو: زید وعمرو تضاربا، بخلاف المفاعله، فلا یقال: ضارب زید

۱- ۱) سوره النساء: ۱۴۲.

وعمرو، بل الصّحيح ضارب زيد عمراً... لذا قال: بأنّ هذه الهيئه تدلّ على نسبهٍ خاصّه بين الطرفين. وهذا سهو من قلمه الشريف، لأن النسبه تكون دائماً بين الجوهر والعرض، ولا تعقل بين الجوهرين.

فالتحقيق: أن التفاعل هيئه واحده ونسبه واحده، هما معاً فاعل واحد، فهما بنحو المعيّه والوحده طرف للنسبه، فالمنسوب إليه واحد مركّب، والهيئه نسبه واحده بين المبدء وذلك الواحد.

فتلخّص: تعيّن التعبير بالمبادله، والتعبير بالتبديل غير صحيح، والإعتراض على الشيخ فى ذلك غير وارد(۱).

ص:۳۵

وصیغه المفاعله فعل الاثنین، بمعنی أنها تدلّ علی النسبه الصّادره من طرفٍ والواقعه علی الغیر، فهی دالّه علی حیث الوقوع علی الغیر - بخلاف صیغه فَعَلَ، فإنها متمحّضه فی إفاده نسبه الفعل إلی فاعله والعرض إلی

موضوعه - فالمفاعله تفيد وقوع المادّه على الغير، من غير دلاله على صدور الفعل من الغير أيضاً، بأنْ يكون المبدء صادراً من الطرفين، والذى يدلّ على هذه الحيثيّه هو صيغه التفاعل.

إشكال آخر على المحقق الخراسانى:

ثم إنّ كون الشىء بدلاً عن شىء، لابدّ أن يكون فى جهه، كأنْ ينصب زيد بدلاً عن عمرو فى إداره المدرسه، وأنْ يكون لفظ بدلاً عن آخر فى الاستعمال، وأن يجعل إناء بدلاً عن غيره فى الانتفاع... .

وهكذا... فالبدليّه دائماً بحاجهٍ إلى جههٍ يكون الشىء بدلاً عن غيره فى تلك الجهه... فالبدليّه فى البيع حيث عرّف ب«مبادله مال بمال» فى أىّ جهه؟

إنّ البدليّه لا محاله تكون فى الملكيّه، لكنّ هذا من أين يستفاد؟ إنْ قلنا:

بدّل المال بمالٍ تبديلاً، لم يكن فيه دلاله على الملكيّه، فقد يبدّل الإنسان مركوبه بمركوبٍ آخر، وملبوسه بملبوسٍ آخر... وهكذا... لينتفع به ركوباً أو لبساً ونحو ذلك... وأمّا إنْ قلنا: بادل المال بمالٍ مبادلهً، دلّت الصّيغه على وجود طرفٍ، وأفادت أن المال الآخر مضاف إلى الغير، ومبادله المال بمال الغير وجعل مال الغير بدلاً عن ماله لا تكون إلّافى الملكيّه.

وهذا أيضاً وجه آخر فى الإشكال على التعريف ب«تبديل مال بمال»، وهل المبادله الحاصله بالبيع تقع فى الملكيّه، وهى إضافه اعتباريّه أو جده اعتباريّه على ما سيأتى إن شاء اللّه، فهى - على أىّ حالٍ - إضافه خاصّه أو فى المضاف وهو المال، أو فى المضاف إليه وهو المالك؟ وجوه، والمختار هو الأوّل.

رأی المحقق النائینی فی متعلّق المبادله:

وکان المیرزا الأستاذ قدّس سرّه یصرّ فقهاً وأصولاً(۱) علی أنّ التبدّل فی المعاملات یکون فی طرف الإضافه، أمّا هی فمحفوظه، وکان یشبّه المطلب بما إذا کان بید الإنسان حبل مشدود طرفه بشیء، ثم یحلّ الحبل عنه ویشدّه بشیءٍ آخر. فالحبل هو الحبل، والشیء المشدود به تبدّل. قال رحمه اللّه: البیع هکذا. بخلاف الإرث، حیث الحبل والمشدود به محفوظان، والتبدّل یقع فی المضاف إلیه حیث قام الوارث بموت مورّثه مقامه، وبخلاف الهبه المعوّضه، حیث التبادل واقع بین الإضافتین.

ص:۳۸

الإشكال عليه

وقد أوردنا عليه بالنقض والحلّ:

أمّا نقضاً: فما ذكره منتقض بالبيع نسيئه والبيع سلماً، ففى الثانى يبيع كلّى السلعه وفى النسيئه يكون الثمن كلّياً، والكلّى ذو ماليه، لأنّ كلّ الموجودات الخارجيه التى تميل إليها النفوس ولها قيمةٌ فهى أموال، ولا يعتبر فى ماليّه الشىء كونه مضافاً إلى أحد، بل هى قائمه بنفس الشىء، فالكلّى مال فى حدّ ذاته، فمن باع كذا منّاً من الحنطه سلماً أو اشتراه بكذا دراهم نسيئةً، فقد جاء الكلّى إلى ذمّته ملكاً للغير لا لصاحب الذمّه، فإبدال طرف الإضافه إنما يتصوّر فيما إذا كانت الإضافه موجوده، وإنما تتحقق

ص:٣٩

الإضافه فى البيع نسيئه وسلماً بالبيع، ويكون الكلّى الموجود فى ذمّه من عليه الدراهم أو الحنطه ملكاً للطرف الآخر.

وأمّا حلّاً: فإنّ الإضافه تتشخّص بطرفيها، وهى قائمه بها، وبمجرّد انعدام أحدهما تنعدم الإضافه، وهكذا الأعراض، فإنها متقوّمه بموضوعاتها، ولهذا يستحيل انتقال العرض من موضوع إلى موضوع آخر، فكيف يعقل بقاء الإضافه بعد زوال المضاف؟ وتنظير المقام بالحبل تنظير للشىء بما يباينه، فإن الحبل جوهر موجود فى الخارج، لا ينعدم بانعدام طرفيه المشدود بهما، وأمّا الإضافه إلى العرض فإنها تتغيّر بمجرد تغيّر العرض.

فظهر أن القول المذكور مردود بالنقض والبرهان.

والحق: إن المبادله واقعه فى الملكيّه، وأنّ البيع مبادله مال بمالٍ فى الملكيّه بتبدّل المضاف بما هو مضاف(١).

ص:٤٠

الکلام فی المعوّض

اشاره

قوله:

والظاهر اختصاص المعوّض بالعین، فلا یعمّ إبدال المنافع بغیرها، وعلیه استقر اصطلاح الفقهاء فی البیع.

أقول:

فی عباره المصباح: مبادله مال بمال. والمال عباره عمّا تمیل إلیه النفس أو ما یبذل بأزائه شیء، وهذا صادق علی المنفعه، فما ذکره الشیخ قدّس سرّه ناظر إلی لفظ البیع، وکأنّه اعتراض علی المصباح، لأنّ الشیخ یری اختصاص المعوض بالعین وأنّ العوض یجوز أنْ یکون منفعهً، ولازم کلامه أن یکون التعریف: مبادله عین بمال.

وقد استدلّ لهذا الاستظهار تارهً: بالتبادر، لتبادر العین من لفظ البیع متی أطلق، وأخری: بصحّه السلب، فإنّه إذا ملّک منفعهً صحّ أن یقال: زید لم یبع.

إشکالٌ وجواب

وربما قیل (۱): إن البیع یباین الإجاره کما هو واضح، وهی تملیک المنفعه بعوض، فیکون البیع تملیکاً للعین فقط، وإلّا کانت الإجاره فرداً للبیع لا مباینهً له.

ولا یخفی: أن المراد من العین لیس العین الإصطلاحیّه، أی الموجود الخارجی بما هو موجود فی الخارج وجوهر، ولذا یجوز بیع الکلّی فی

۱- ۱) بغیه الطّالب ۱ / ۲۰.

الذّمه، بل المراد ما لو وجد فی الخارج لکان عیناً، سواء کان موجوداً بالفعل أو لا، فی مقابل المنفعه والحق.

قلت: إنْ کان لهذا التبادر وصحه السّلب واقعیّه لدی العرف العام، کما ذکر السید الیزدی قدّس سرّه (۱) فهو، وأمّا ما قیل من أنّ البیع یباین الإجاره... فغیر تام، لما ذکرنا - فی بحث الإجاره - من أنّ لفظ الإجاره یتعلّق بالعین، فیقال: آجرت الدار، ولا یکون المنفعه، والإجاره: جعل العین فی ید الغیر لأن ینتفع بها بعوضٍ. بخلاف العاریه حیث تکون کذلک مجّاناً، فإذا ادّعینا أنّ هذا حقیقه الإجاره ولیس تملیک المنفعه بعوضٍ، کان الفرق بین البیع والإجاره واضحاً، والمقابله بینهما تامه، لأنّ البیع - بناءً علی التبادر وصحه السّلب المذکورین - جعل العین فی ید الغیر وتحت سلطنته بقولٍ مطلق، والإجاره: جعلها کذلک لأنْ ینتفع بها بعوض. لکن الکلام فی ثبوت التبادر وصحه السلب... .

فإن ثبت ذلک، لم یکن مناص من التزام المجاز فی الموارد التی استعمل فیها لفظ البیع وکان متعلّقه منفعهً لا عیناً... کما فی الأخبار الآتیه، وإلّا کان البیع کما عن المصباح مبادله مالٍ بمالٍ، فهو عباره عن التملیک سواء تعلّق بالعین أو المنفعه لأن المال أعم منهما، والإجاره جعل العین بید الغیر لأنْ ینتفع بها بعوض.

فظهر الفرق بین الإجاره والبیع علی کلا تقدیری ثبوت التبادر وصحّه السّلب وعدم ثبوتهما، وأنّ الوجه الآخر مخدوش(۱).

۱- ۱) حاشیه المکاسب ۱ / ۲۷۲.





قوله:

نعم، ربما يستعمل فی کلمات بعضهم فی نقل غیرها، بل یظهر ذلک من کثیر من الأخبار... والظاهر أنها مسامحه فی التعبیر، کما أنّ لفظه الإجاره تستعمل عرفاً فی نقل بعض الأعیان کالثمره علی الشجره.

أقول:

من أخبار استعمال البیع فی نقل غیر الأعیان:

أمّا الأخبار، فهذه نصوص جملهٍ منها:

فممّا ورد فی بیع خدمه المدبّر:

۱ - السّکونی عن جعفر بن محمد عن أبیه... عن علی علیه السّلام: «باع رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم خدمه المدبّر ولم یبع رقبته» (۱).

۲ - أبو مریم عن أبی عبداللّه علیه السّلام: «عن رجل یعتق جاریته عن دبر، أیطؤها إنْ شاء أو ینکحها أو یبیع خدمتها حیاته؟ فقال علیه السلام: أیّ ذلک شاء فعل» (۲).

۳ - «عن رجلٍ أعتق جاریه له عن دبر فی حیاته. فقال علیه السّلام: إنْ أراد بیعها باع خدمتها فی حیاته، فإذا مات أُعتقت...» (۳).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۳ / ۱۲۰، الباب ۳ من أبواب التدبیر، الرقم: ۴.
۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۳ / ۱۲۰، الرقم: ۱.
۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۳ / ۱۲۰، الرقم: ۳.

وممّا ورد فی بیع سکنی الدار:

ما رواه إسحاق بن عمار عن العبد الصالح علیه السّلام قال: «سألته عن رجلٍ فی یده دار لیست له، ولم تزل فی یده وید آبائه من قبله، قد أعلمه من مضی من آبائه أنها لیست لهم ولا یدرون لمن هی، فیبیعها ویأخذ ثمنها؟ قال علیه السّلام: ما أحبّ أنْ یبیع ما لیس له. قلت: فإنه لیس یعرف صاحبها ولا یدری لمن هی، ولا أظنّه یجئ لها ربّ أبداً. قال: ما أحبّ أن یبیع ما لیس له. قلت: فیبیع سکناها أو مکانها فی یده فیقول: أبیعک سکنای وتکون فی یدک کما هی فی یدی؟ قال: نعم یبیعها علی هذا» (1).

وأما بیع حقّه فی الأرض الخراجیّه:

ففیه الخبر: «کیف تری فی شراء أرض الخراج؟ قال علیه السّلام: ومن یبیع ذلک؟ هی أرض المسلمین! قلت: یبیعها الذی هی فی یده، قال: ویصنع بخراج المسلمین ماذا؟ ثم قال علیه السّلام: لا بأس، إشتری حقّه منها ویحوّل حقّ المسلمین علیه...» (2).

ففی هذه الأخبار استعمل لفظ البیع - وکذا لفظ الشّراء - فی نقل المنفعه.

و جاء فی روایه سکنی الدار أنه قال علیه السّلام: «ما أحبّ أن یبیع ما لیس له».

فکیف أجاز بیع سکناها مع أنّه لیس له، لأنّ المفروض أن الدار لیست له، فلیس له سکناها کذلک؟

الذی یختلج بالبال فی حلّ هذا الإشکال هو: أنّ الدار کانت فی أوّل

1- 1) وسائل الشّیعه 17 / 336، الباب 1 من أبواب عقد البیع، الرقم: 5.

2- 2) وسائل الشّیعه 15 / 155، الباب 71 من أبواب جهاد العدو، الرقم 1.

الأمر بنحو الرقبى لشخصٍ وذريّته، فآباؤه الأوّلون كانوا يعلمون بالحال، حتى إذا وصلت إلى المتأخرين من ذريّتهم جهلوا بالأمر، وأعلموا أولادهم بأنّها ليست لهم... فمن هنا أجاز الإمام عليه السّلام أنْ يبيع هذا الذى هى بيده سكناها، مع كونه ممنوعاً من بيعها.

وقول الشيخ: والظاهر أنها مسامحه فى التعبير. أى مجاز، لِما تقرّر عنده من أنّ لفظ البيع لا يستعمل إلّافى نقل الأعيان.

ومعنى ذلك: أن يكون قد آجرها لغرض استخدامها، فعبَّر عن ذلك ببيع الخدمه مجازاً.

لكنْ فيه: أنّه ليس بإجارهٍ أيضاً، لأنه لم يقل: آجرتك الجاريه، وإنما قال:

بعتك خدمتها، فلا مناص من الالتزام بكونه بيعاً حقيقةً، أو أن الواقع معاوضه ثالثه.

وكذا الكلام فى سكنى الدار ونحوه.

وقوله: كما أنّ لفظ الإجاره قد يستعمل فى نقل الأعيان كالثمره على الشجره:

إنْ أراد - كما قيل - إجاره الشجره الفاقده للثمره للانتفاع من ثمرتها فيما بعد، مع استعمال لفظ الإجاره، توجّه عليه: أنّ الالتزام بالمجاز حينئذٍ يكون بناءً على أنّ الإجاره تمليك المنفعه، لأنّ المنفعه مضادّه للعين، لكن المبنى غير تام، لِما تقدّم من أنّ الإجاره عباره عن التسليط على العين لأجل الإنتفاع بها بأىّ نحوٍ كان، فهو يستفيد ممّا تنتج هذه العين، سواء كان أمراً عرضيّاً أو جوهريّاً خارجيّاً، كإجاره الشاهِ للَبنها، والحمام للاغتسال بالماء الموجود فيه، والمرضعه لارتضاع الطفل من لبنها. فالإجاره هى التسليط على العين للإنتفاع منها، والإنتفاع من كلّ شىء بحسبه، فمن الدّار سكناها، ومن الدابّه

ركوبها، ومن الآنيه الأكل فيها، ومن الشجره ثمرتها.

وعليه، يكون استعمال لفظ الإجاره على حقيقته.

وإنْ أراد أن العرف يستعملون لفظ الإجاره فى الانتفاع بالثمر الموجود على الشجر، بأن يقال: آجرتک ثمره الشجره. فالظاهر عدم وجود هكذا استعمال عند العرف أصلاً.

وإنْ أراد إجاره الشجره للانتفاع بثمرتها الموجوده فعلاًـ عليها. فهنا لاـ تتحقّق الإجاره الحقيقيّه، لأن الإجاره - كما قلنا - هى التسليط على العين للانتفاع بمنافعها المتجدّده الناتجه عنها، وأمّا العين الموجوده بالفعل، فلا معنى لإجارتها. نعم، قد يقال فى العرف: استأجرت هذه الشجره... وهنا تكون المسامحه فى التعبير.

وعلى الجمله، فإنّه فى الصوره الأولى حيث لاـ ثمره للشجره فعلاًـ تكون العباره حقيقيةً والإجاره صحيحه على ما هو الحق فى تعريفها، والحمل على المجاز لازم القول الآخر.

وقد أشكل على أصحاب هذا القول تصحيح إجاره المرضعه للبنها، والشجره لثمرتها، والحمّام للاغتسال بمائه، فاضطرّوا إلى التأويل، بأنّ المرضعه إنّما تستأجر للإرضاع وهو فعلها وذاک منفعتها، وتلف اللبن تلف بلا ضمان، والحمام يستؤجر لغرض الاغتسال فيه وحصول تلک الجهه المعنويه، لکنّه يتصرف فى المال ويستعمله بلا ضمان.

إلّا أنّ هذه التأويلات لا تتأتى فى مثل إجاره الشاه والبقره للبنها.

وفى الصّوره الثانيه، الظاهر أنْ لا استعمال عند العرف من هذا القبيل.

وفى الصّوره الثالثه، قد يوجد هذا الاستعمال عندهم، وهو مجاز، لکون المقصود حقيقةً بيع تلک الثمره.

الكلام فی العوض

اشاره

قوله:

وأمّا العوض، فلا إشکال فی جواز کونه منفعهً، کما فی موضعٍ من القواعد وعن التذکره وجامع المقاصد، ولا یبعد عدم الخلاف فیه. نعم، نسب إلی بعض الأعیان الخلاف فیه، ولعلّه لِما اشتهر فی کلامهم من أنّ البیع لنقل الأعیان، والظاهر إرادتهم بیان المبیع، نظیر قولهم: إن الإجاره النقل الأعیان.

أقول:

فی مفتاح الکرامه: اعتبر بعض المتأخّرین عینیّه العوضین فی البیع، وهو وهم نشأ من قولهم: البیع لنقل الأعیان (1). انتهی.

المنفعه:

لابدّ من التأمّل فی وقوع المنفعه عوضاً فی البیع، فإنّ من یملک الدّار لا یملک شیئین أحدهما الدار والآخر المنفعه، ومن یملک دابّهً تسوی مائه درهم وإجارتها سنهً خمسمائه درهم، لا یکون مالکاً الآن لستمائه درهم.

إن من یملک عیناً من الأعیان لا یکون عنده مالان أحدهما العین والآخر منفعه العین، بل عنده الدابّه مثلًا وله أن ینتفع بمنافعها، وکذا الدّار وغیر ذلک... فله السّلطنه علی أنْ ینتفع بمنافع العین، لا أنه یملکها إلی جنب العین، ولو قلنا بأنّ البیع مبادله مالٍ بمالٍ، اعتبر المالیّه فی العوض، لکن المنفعه لیست بمال.

۱- ۱) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلّامه ۱۲ / ۴۸۱.

وببیان أدق (۱):

إنّه لا یجوز أنْ یقال: السّکنی منفعه الـدار، والرکوب منفعه الـدابه ونحو ذلک من القول، لأنّ السـکنی والرکوب عرضان قائمان بالسّاکن والرّاکب، وهو هنا البائع، ولا یعقل وقوعهما عوضاً وثمناً عن المبیع، أعنی الدار أو الدابّه.

إنّ منفعه الـدّار قابلیّتها لأنْ ینتفع بها، وکـذا الدابّه، وغیرهما، وقابلیّه کلّ شـیء بحسـبه، فحیثیّه القابلیّه هی المنفعه، وهی أمر قائم بذات العین ولا وجود لها فی الخارج، لعدم کونها أمراً منحازاً عن العین حتی یملّکها.

فکان الأولی فی سـبب الخلاف المنسوب إلی بعض الأعیان، بدلاً عمّا ذکره بقوله: «ولعلّه لما اشـتهر...» أن یقال: إنّه لیس سکنی الدار - مثلاً - منفعه الدار، بل منفعتها قابلیّتها للإنتفاع، وهی لیست بأمرٍ منحازٍ عن العین حتی تملّک کما تملّک العین.

لکن من الممکن جعل المنفعه عوضاً - بناءً علی ما أشرنا إلیه - لأنّ تملیک منفعه الدار یتحقق بجعلها فی ید المشتری لأنْ ینتفع بها، وهـذه حقیقه الإجاره، وفی البیع یجعلها بیـده، وهـذا الجعل هو الـذی یقع علیه العقـد ویؤخـذ بأزائه الشـیء، لأنّ جعل الدار کذلک له مالیّه، والبیع مبادله مال بمال، فالمنفعه تقع عوضاً فی البیع(۱).

---

۱ - ۱) قـال طـاب ثراه: وتفصـیله فی بحثنـا فی کتـاب الإجـاره، کمـا أنّـا طرحنـا هـذا المطلب فی بحثنا فی المکاسب فی النجف الأشرف.

عمل الحر

قوله:

وأمّا عمل الحرّ، فإنْ قلنا إنه قبل المعاوضه عليه من الأموال، فلا إشكال، وإلّا ففيه إشكال، من حيث اعتبار كون العوضين فى البيع مالاً قبل المعاوضه، كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.

أقول:

فى كلامه قدّس سرّه قيدان «الحريّه» و «قبل المعاوضه»، وكأنه يقصد أنه بعد المعاوضه مال بلا كلام، مثلًا: إذا استأجر حرّاً ملك العمل المعيّن فى ذمّته، فإذا اشترى شيئاً قال اشتريته بالعمل الذى فى ذمّه الأجير، وكذا الكلام فى العبد، حيث أنّ للمولى أن يشترى شيئاً ويجعل عوضه خدمه عبده.

فمحطّ كلام الشيخ حيث يتحقق القيدان، كأن يشترى الحرّ نفسه شيئاً بعملٍ معين مدةً معيّنه، فهنا «الحريه» و«قبل المعاوضه»، فإن كان هذا العمل يعدّ من الأموال فلا بأس، وإلّا ففيه إشكال... .

وجوه الإشكال

والإشكال من وجوه:

أوّلاً: لابدّ أنْ يكون العوضان مالين، والماليّه أمر ثبوتی، وثبوت شیء لشیء فرع ثبوت المثبت له، فلو ثبتت الماليه لعمل الحرّ، كان له ثبوت فی الخارج، لكن عمله قبل وجوده لا شیء، وبعد وجوده معدوم، فمتی يتّصف بالماليّه؟

وثانياً: الماليّه شیء يوجب الضّمان والإستطاعه والغنی والحجر، فلو أفلس الحرّ حجر عليه جميع أمواله ولا حجر علی عمله، ولو كان مالاً لحجر، ولو حبس جوراً عليه مدةً، لم يضمن الجائر عمله فی تلك المدّه، ولو كان مالاً ضمن، لأنّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن، ومن كان ذا مالٍ بقدر الاستطاعه وجب عليه الحج، ولا يصدق علی الحرّ - بلحاظ عمله فی المستقبل - أنه مستطيع، ولو كان العمل مالاً لكان القادر علی العمل من الفقراء غنيّاً، والحال أنه ليس كذلك، ومن هنا قلنا فی بحث الزكاه أن المحترف الذی لا يفی دخله بمؤنه سنته، يجوز له الأخذ من الزكاه تتميماً

ص:۵۸

لمعاشه، فلو كان العمل مالاً لم يجز له الأخذ، لفرض تمكنّه من إيجار نفسه مدةً فيكون غنيّاً.

وثالثاً: لو تنزّلنا عن ذلك كلّه، فإنه يعتبر فی تحقّق البيع ومبادله مالٍ بمالٍ فی الملكيه: أنْ يكون المالان مملوكين لطرفی المعامله، فعلى فرض كون عمل الحرّ مالاً فهو متسلّط على عمله تكويناً، فلا يعقل أنْ يكون مسلّطاً عليه اعتباراً أيضاً. وبعباره أخرى: الملكيّه والسلطنه الاعتباريّه إنما تتحقّق حيث لا تكون موجودةً تكويناً، وإلّا لزم تحصيل الحاصل. هذا غايه ما يقال فی هذا المقام.

ويمكن الجواب عن ذلك كلّه:

الجواب:

لأنّ الماليّه صفه ثبوتيّه، لكنّ ثبوت شیء لشیء فرع ثبوت المثبت له فی أفق الثبوت، فإن كان الثبوت خارجيّاً، لزم ثبوت المثبت له فی الخارج، وإنْ كان ذهنيّاً لزم ثبوته فی الذهن، وإنْ كان اعتباريّاً، لزم ثبوته فی عالم الاعتبار، والماليّه أمر اعتباری عقلائی يثبت للشیء بلحاظ أنه تميل إليه النفوس ويبذل بأزائه - لأجل أثره وفائدته - شیء. وعمل الحرّ كذلك، فالماليّه الاعتباريّه ثابته له، فهو وإنْ لم يكن له ثبوت فی الخارج لكنه ثابت فی عالم الاعتبار، وله الماليّه الاعتباريّه باللّحاظ المذكور.

وأمّا عدم الضّمان والاستطاعه والحجر والغنى... فلأن الموضوع فی هذه الموارد هو المال المضاف إلى المالك بإضافه الملكيّه، وعمل الحرّ مال، وليس له تلك الإضافه الاعتباريّه.

وأمّا أن ظاهر عباره المصباح «مبادله مالٍ بمالٍ فی الملكيه» كون الملكيّه حاصله للمال قبل المعاوضه، فلا دليل عليه، بل العباره مطلقه، ودعوى

انصرافها إلى المال المضاف بإضافه الملكيّه بلا وجه.

فعمـل الحرّ مـال، فيبـادل البـائع عن متاعه بعمل الحرّ وإنْ كان غير مملوكٍ له قبل البيع بالملكيّه الاعتباريه، نظير أنْ يجعل الكلّى ثمناً فى البيع نسيئةً حيث البائع يبيع متاعه بشـىء كلّى فى ذمّه المشترى، سواء كان الثمن فى بيع النسيئه نقداً من النقود كالدرهم والـدينار، أو عينـاً من الأعيـان كالطعـام، فالشـىء الكلّى المجعول ثمنـاً، ليس بموجودٍ عنـد المشترى وليس ملكاً له ولا لغيره قبل المعـامله، إلّاأنه بجعله عوضـاً وثمناً يصـير مملوكاً للبائع، فلا يلزم أن يكون المبيع والثمن ملكاً لهما قبل البيع، ولـذا يصـح السّـلم والنسيئه.

وعلى الجمله، فـإنّ المحتـاج إليه تأثير البيع فى ملكيّه المالين للطرفين، وهـذا التأثير أعم من أن يكون المالان قبل البيع ملكاً لهما أوْلا.

فمبادله مال بمالٍ صادقه فى جعل عمل الحرّ عوضاً فى البيع(١).

ص:٦٠

الكلام فی الحقوق

اشاره

قوله:

وأمّا الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضه بالمال... فلا إشكال، وكذا لو لم تقبل النقل... وأمّا الحقوق القابله للانتقال... .

أقول:

لقد جعل الحقوق على ثلاثه أقسام:

فمنها: ما لا يقبل المعاوضه عليه أصلاً، سواء كان قابلاً للنقل أو لا، وقابلاً للإسقاط أوْلا.

ومنها: ما يقبل المعاوضه عليه والإسقاط، ولا يقبل النقل والانتقال إلى الغير، كحقّ الرهانه وحق الشفعه.

ومنها: ما يقبل المعاوضه والانتقال.

أمّا الأوّل، فلا إشكال فی عدم وقوعه عوضاً.

وأمّا الثانی، فقد ذكر قدّس سرّه أنّه لا يقع عوضاً كذلك، وعلّل ذلك بقوله:

لأنّ البيع تمليك الغير.

فما لا يقبل النقل لا يقع عليه البيع، إذْ لازم عـدم الانتقال إلى الغير أنْ لا يملكه الغير، فلا ينطبق عليه عنوان البيع الذی هو تمليك الغير.

وقد نقض عليه صاحب الجواهر قدّس سرّه (۱) ببيع الدّين على من هو عليه، فإنّه صحيح بالإجماع.

۱- ۱) جواهر الكلام ۲۲ / ۲۰۹.

قال الشیخ: هذا النقض غیر وارد، لأنه لا مانع من کونه تملیکاً فیسقط.

دفع الاشکال عن کلام الشیخ

فأورد علیه المحقق الخراسانی (۱) قدّس سرّه: بأنّه کلام مختلّ النظام، فإنّه فی مقام أنها تجعل عوضاً أم لا، فلا یناسبه التعلیل بقوله: لأنّ البیع تملیک الغیر، ولا النقض ببیع الدین أصلاً، فإنّه إنما یناسب إذا کان بصدد بیان أنها لا تجعل معوَّضاً فی البیع.

قلت:

وفیه: إن المراد من تملیک الغیر هو التملیک عن الطرفین، فالبایع یبیع والمشتری یقبل فعل البائع، وهو بالدّلاله الإلتزامیّه مملّک للثمن للبائع، وحینئذٍ کان من المناسب النقض ببیع الدین علی من هو علیه، إذْ لا یوجد هناک طرفان، فکما یصحّ التملیک للمبیع مع الوحده، ففی العوض یتحقّق ذلک بالأولویّه، فکما لا منافاه فی المعوَّض بین عنوان الوحده وتحقق البیع، کذلک فی العوض.

فهذا وجه التعرّض للنقض. إلّاأنه لمّا ذکر فی الجواب قضیّه السّلطنه، توجّه الإشکال علیه: بأنّه قد یکون فی مورد الحق مسلّط علیه وقد لا یکون.

إلّا أنّه یندفع بتمثیله قدّس سرّه بحقّ الشفعه وحقّ الخیار، ولابدّ فیهما من المسلَّط علیه دائماً.

فالإشکالان مندفعان.

وقد ذکر الشیخ فی وجه عدم ورود النقض: أنّ المدیون یملک هنا ما

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۳.

فی ذمّته، والانتقال الملکی فیه حاصل، ونتیجته السّقوط، ولیس الأمر فی الحق کذلک، لأن لازم تملّکه ممّن علیه الحق، اجتماع من له الحق ومن علیه الحق فی شخصٍ واحدٍ، وهو غیر معقول.

ویؤیّده: أنه إذا نقل ما لا یقبل النقل من الحقوق، وقلنا بأنّه یعاوض علیه فی قبال الإسقاط، فالإسقاط فعلٌ من الأفعال، وقد قلنا بأنّ عمل الحرّ لا یقبل المعاوضه علیه.

وأمّا الثالث - وهو ما یقبل الإنتقال والإسقاط - فلا یقبل المعاوضه علیه أیضاً، للإشکال فی کونه مالاً، وقد اعتبرت المالیّه فی العوضین.

الإشکالات الوارده:

وأمّا الإشکال علیه فوجوه:

أوّلاً: إنه یرد علی قوله: الحقّ سلطنه فعلیّه: أنّ الحق لیس هو السّلطنه، کما سیأتی إنْ شاء اللّه تعالی.

وثانیاً: قوله بأنّ الملکیّه لا تحتاج إلی من یملک علیه، متینٌ، إلّاأنها فی مثل بیع الدین علی من هو علیه محتاجه إلیه.

وثالثاً: فی بیع الدین، إنْ کان المبیع هو الکلّی من غیر تقییدٍ له بکونه فی الذمّه، فلا مالیّه له، وإنْ کان مع التقیید بذلک، یلزم أنْ یکون المدیون مدیناً لنفسه بسبب شراء ما فی ذمّته، وهذا ممّا لا معنی له، وعلی فرض الصّحه، کیف یعقل أن یکون السقوط وعدم الملکیّه أثراً للتملیک؟

وعلی الجمله، فإنّ التملّک والسّقوط لا یجتمعان، إلّاإذا کانا فی أمرین متماثلین موجودین فی الذمّه، فیسقطان بالتهاتر.

ورابعاً: یرد علی قوله: والسرّ أن هذا الحق سلطنه فعلیّه لا یعقل قیام

طرفيها بشخصٍ واحدٍ، بخلاف الملك فإنّه نسبه بين المالك والمملوك... أنّ ذلك إنّما هو فيما أريد انتقاله إلى من عليه الحق، وأمّا إذا أريد نقله إلى غيره، فلا يلزم محذور اتّحاد المسلّط والمسلّط عليه، فليس ما ذكره سرّاً لعدم الانتقال على كلّيته، بل السرّ فى ذلك أنّ موضوع الحق المقوِّم له عنوان خاص، فلاـ يعقل أنْ ينتقل عنه، لاـ إلى من هو عليه ولاـ إلى غيره، فموضوع حق الخيار فى الحيوان هو المشترى، وفى الغبن هو المغبون، فلاـ يعقل انتقال الحق إلى غير المشترى فى الأوّل وغير المغبون فى الثانى، وكذلك حقّ الشفعه، فإنه لا ينتقل إلى غير الشريك، وحق المضاجعه، فإنّه لا ينتقل إلى غير الضرّه، سواء كان الزوج أو المرأه الأجنبيّه.

وكلّما كان الموضوع لشىء من هذه الحقوق علّةً تامّةً له فهو غير قابل للإسقاط، كحقّ الوصايه والتوليه، وكلّما لم يكن كذلك فيقبل الإسقاط.

حقيقه الحق والفرق بينه وبين الحكم والملك

اشاره

وتفصيل الكلام فى الحقّ وحقيقته وأقسامه وأحكامها هو:

الحكم

إن «الحكم» تارةً: تكليفى، وهو البعث والزجر والترخيص، وأخرى:

وضعى، وهو اعتبار شرعى على طبق اعتبار العقلاء وله آثار. والحكم الوضعى غير الأمر الانتزاعى، إذ الأمر الانتزاعى موجود بوجود منشأ انتزاعه فى الخارج، ولذا تكون الأمور الانتزاعيه من المقولات العشر، وليست الأمور الاعتباريّه معدودةً منها، لعدم كونها منتزعه من الخارج، إلّاأنها متقوّمه بما يصحّح لها الاعتبار.

ثم الأُمور التكوينيّه، قد تقع موقع الاعتبار - أى يتعلّق بها الاعتبار - بلحاظ آثار ومصالح، فالزوجيّه - مثلًا - فى اللّغه عباره عن «العِدليّه» فى الخارج، فيعتبر هذا المعنى بين المرء وزوجته ويقال هما زوجان، والنكاح لغةً هو «الاتّصال»، فيعتبر هذا المعنى بين الرجل والمرأه.

و«الملكيّه» فى الخارج عباره - كما قيل - عن الهيئه الخاصّه المعبَّر عنها بالجده، فتقع هذه الواجديّه موقع الاعتبار ويقال: هو مالكك وذاك مملوكك.

الحق

و«الحق» له معنيان شائعان فى الاستعمال:

أحدهما: أنّه اسم مصدر من حقّ يحقّ، بمعنى الأهليّه وأنه ينبغى أن يكون كذا.

والثانى: أنّه صفه مشبهه، بمعنى كونه ذا واقعيّه، فهذا «حق» فى قبال طرفه «الباطل».

ومن استعمالاته بالمعنى الثانى: قوله تعالى: «وَ يَسْتَنْبِئُونَکَ أَ حَقٌّ هُوَ قُلْ إِى وَ رَبِّى إِنَّهُ لَحَقٌّ» (۱)، وقوله: «الْحَقُّ مِنْ رَبِّکَ فَلا تَکُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ» (۲)، وقد يكون فعلاً مثل «حَقَّتْ كَلِمَهُ رَبِّکَ» (۳)، وفاعلاً مثل «الْحَاقَّهُ * مَا الْحَاقَّهُ * وَ ما أَدْراکَ مَا الْحَاقَّهُ» (۴)، ومفعولاً، مثل: هذا القول حق.

ومن استعمالاته بالمعنى الأوّل - وهو الأهليّه واللّياقه وما ينبغى أن

۱- ۱) سوره يونس: ۵۳.

۲- ۲) سوره البقره: ۱۴۷.

۳- ۳) سوره يونس: ۳۳.

۴- ۴) سوره الحاقّه: ۱ - ۳.

يكون الشىء عليه – قوله تعالى: «حَقِيقٌ عَلى (۱) أَنْ لا ـ أَقُولَ عَلَى اللّهِ إِلاّ الْحَقَّ» (۲)، «وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ» (۳) ويقال للناقه: «حِقّه» إذا حصل لها الأهليّه والجداره لأن يستفاد منها.

فهل الحق فى الاصطلاح حيث قلنا أنه أمر اعتبارى، هو بمعنى اسم المصدر، أى الأهليّه وكونه حقيقاً، أو هو صفه مشبهه بمعنى كونه ذا واقعيّه؟ وبعباره أخرى: هل الحق الاعتبارى اعتبار الأهليّه أو اعتبار كونه ذا واقعيّه؟

الظاهر هو الأوّل، إذ نقول: له حق الشّفعه، وهو ذو حق، فعلى كونه صفه مشبهه، لا يصح أن يقال هو ذو حق، لأن الصّفه المشبهه معناها كون الشىء ذا مبدءٍ، فلا يعقل إضافه «ذو» أو «له» إليه، فقولنا: هو ذو حق كذا، متّخذ من معنى الأهليّه واللّياقه والجداره، فللقاضى حق القضاء، أى هو أهل لذلك، وللحاكم حق التوليه، أى: فيه أهليّه التصدّى لأمر الموقوفه مثلًا، وحق القيموميّه معناه: الأهليّه لتصدّى أمور من هو قيّم عليه... فهذا المعنى الاعتبارى الذى نعبّر عنه بالأهليّه، متّخذ من الأمر التكوينى المصدرى.

وعلى الجمله، فإنّ الأمر الاعتبارى منوط بمصحّح الاعتبار، يقال: هذا الكلام سيف قاطع، ويعتبر للكلام السيفيّه بلحاظ أثره، وفى حق الشفعه وحق التوليه وحق الرّهانه وغيرها، ليس المعتَبر كون هذه الأمور لها واقعيّه وثبوت بالمعنى المقابل للبطلان، بل هو الأهليّه، فمشترى الحيوان اعتبر له حق الفسخ، وكذا المغبون، وفى حق الشفعه: اعتبر للشريك الأهليّه لأن يشفع، أى يضمّ إلى نفسه حصّه صاحبه، وولىّ الدم له حق القصاص، أى هو

۱- ۱) فى هذه الكلمه قراءتان: «علىَّ» و«على» والاُولى عندى أولى. منه قدّس سرّه.

۲- ۲) سوره الأعراف: ۱۰۵.

۳- ۳) سوره البقره: ۲۲۸.

أهل لأنْ يقتص، والمجتهد العادل له حق القضاوه، أى هو أهل لأن يقضى، ومن أخذ ماله غصباً له حق التقاصّ، أى هو أهل لأنْ يقتص.

فالمعنى المطّرد فى جميع هذه الموارد ما ذكرناه، وهذا هو المختار خلافاً للأكابر، كما سيجىء.

ثم «الحق» دائماً يتعلَّق بفعلٍ من الأفعال، إمّا فعلاًـ يصدر منه، كحقّ الفسخ، وإمّا فعلاً يُفعل لأجله، كحق النفقه، حيث اعتبر له الأهليّه لأنْ ينفق عليه، فإنْ كان فعلاًـ صادراً منه يكون الحق «له»، وإنْ فعلاً يفعل لأجله يكون الحق «عليه»، فيقال لصاحب حق التوليه مثلاً: حق له، ويقال لمن تجب عليه النفقه: حق عليه، وهذا الحق المعتَبر للغير، قد يكون بإيجابٍ من الشّخص على نفسه للغير، قال اللّه تعالى: «وَ كانَ حَقًّا عَلَيْنا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ» (1). وليتأمّل مدى رأفه اللّه وعنايته بالمؤمنين!! فاللّه عزّ وجلّ «عليه الحق» أى: إن للمؤمنين الأهليّه والجداره لأن ينصرهم، فهو «عليه الحق» و «لهم الحق» لكنْ بجعلٍ منه.

وفى زياره الإمامين العسكريّين عليهما السّلام: «بحقّ من أوجبت حقّه عليك».

فمتعلّق الحق هو الفعل على كلّ حال، إلّافى مقام الإضافه، فإنه إلى الفعل فيقال: حق الفسخ، حق النفقه، حق التوليه... وقد يضاف إلى سببه كحق الرّهانه، بمعنى أن الوثيقه سبب لأنْ يكون له الأهليّه لبيع العين المرهونه فى قبال دينه، وكحق الأبوّه، حيث أنّ الأبوّه سبب يؤهّل الأب لأن يطاع مثلاً.

فالحقّ لا يتعلّق بالعين، بخلاف الملك، إذ يتعلّق بالعين ويتعلّق بالفعل،

۱- ۱) سوره الروم: ۴۷.

وهذا من موارد الفرق بين الحق والملک.

ثم إنّه قد تقدم أنه إن کان موضوع هذا الأمر الاعتباری - أعنی الأهلیّه والجداره - عنواناً خاصّاً، لم یعقل نقله إلی الغیر.

هل یقبل الإسقاط والنقل؟

وأمّا قابلیّته للإسقاط، فتابعه للدّلیل.

وما قیل: من أن کلّ حقٍ یقبل الإسقاط، فغیر صحیح، لأنّ من الحقّ ما یکون علّه لموضوعه بمثابه العله التامّه له، ولا یعقل انفکاک المعلول عن علّته التامّه، فحقّ القضاوه وحق الوصایه ونحوهما، لا یقبل الإسقاط.

وبعباره أخری: إذا أخذ عنوان خاصّ فی موضوع الحق، فلا ینتقل، وأمّا الإسقاط، فالمتّبع فیه الدلیل، وحیث لا یکون دلیل، کان مقتضی القاعده العدم، لأنه متی شکّ فی موردٍ بأنّه یقبل الإسقاط أو لا، استصحب البقاء.

نعم، یمکن أن یقال: إن کلّ حق کان جعله لغبطه ذی الحق، فهو قابل للإسقاط، وکلّ حق کان جعله لانتفاع الغیر، فلا یقبله... .

فما عن الشّهید فی القواعد لیس علی کلّیته (۱).

هذا، وکثیراً مّا یشک فی أنّ هذا حق أو حکم، وفی حقٍ من الحقوق، أنه یقبل النقل أو الاسقاط أو الانتقال أو الاشتراط علی سقوطه ضمن العقد، أوْلا؟

مثلاً:

رجوع الزوج فی الزوجه المطلّقه، حق أو حکم؟

۱- ۱) القواعد والفوائد ۱ / ۲۹۱.

طرح المدّعی دعواه عند الحاکم، حق أو حکم؟

رجوع المختلعه عمّا بذلت، حق أو حکم؟

رجوع الباذل فی الحجّ، حق أو حکم؟

عزل الموکّل الوکیل، حق أو حکم؟

إن کان حقاً، فیقبل الإسقاط والسّقوط بالاشتراط، وإنْ کان حکماً، فلا یقبل شیئاً من ذلک... فما هو مقتضی القاعده؟

إن مقتضی القاعده: عدم السّقوط والنقل والإنتقال، إذْ یستصحب بقاؤه، نعم لا یثبت أنّه حکم، لأن نفی أحد الضدّین بالاستصحاب لا یثبت الآخر إلّا علی القول بالأصل المثبت. وعلی الجمله، فلا تترتب آثار الحق وإنْ لم یترتب آثار الحکم.

وأما مع إحراز کونه حقاً والشک فی قبوله لذلک ولو بالصّلح، فالمحکیّ عن الشّهید الثانی: الأصل فی الحقوق جواز الصّلح علیها، وعن المحقق الثانی: الأصل فی الحقوق المالیّه أن یقبل الصّلح علیها.

ما هو مقتضی الأصل؟

فما المراد من هذا الأصل؟

لا یبعد أن یکون هو الإجماع، أو یقال بتجویزهم التمسّک بالعام فی الشّبهه المصداقیّه، بأن یقال - فیما لو اشترط سقوط الحق ضمن عقدٍ وشک فی نفوذ هذا الشرط وتأثیره - بالتمسّک بعموم آیه الوفاء بالعقود (۱)، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» (۲).

۱- ۱) سوره المائده: ۱.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۱ / ۲۷۶، الباب ۲۰ من أبواب المهور، الرقم ۴.

هذا غايه ما يمكن أن يقال.

أقول: تارةً: يذكر عنوان ويُجعل موضوعاً ويرتب عليه الحق، كأنْ يقال:

وليّ الدّم له حق القصاص، ومشترى الحيوان له حق الفسخ، والزوجه لها حق المضاجعه... وهكذا. ففى هذه الموارد، لو شكّ فى قابليه الحق للنقل والسّقوط والانتقال، رجع الشك إلى أنه هل هذا العنوان بمثابه علّه تامه أو أنه مقتض؟

قد ذكرنا أنّ كلّ حق - بأى معنىً كان - جعل لعنوانٍ كان ذلك العنوان بمثابه علّه تامّه له، فلا يعقل سقوطه وإسقاطه ونقله، لاستحاله انفكاك المعلول عن علّته. فإنْ شك فى حال العنوان، كان مقتضى القاعده بحسب التفاهم العرفى العقلائى - فى كلّ عنوانٍ جعل موضوعاً لحكمٍ تكليفى أو وضعى ودار أمره بين العليّه والاقتضاء - هو كونه بنحو العليّه ودوران الحكم مداره، وعليه، يحكم بعدم قبوله لشيءٍ من ذلك، ولا مجال للتمسّك بالعمومات، لكونها أجنبيّه من جهه أنّ الشّبهه تخصصيّه.

واخرى: يترتب الحق على موضوعٍ، ولم يتحقّق هذا الاستظهار العرفى المتفاهم العقلائى، واحتمل أنْ يكون عنواناً إقتضائياً، كان التمسّك بالعمومات - لأجل إثباتٍ القابليّه للسّقوط والإسقاط والنقل - من قبيل التمسّك بالعامّ فى الشّبهات المصداقيّه.

وثالثه: يحرز كون العنوان اقتضائيّاً، وكون الحق مجعولاً للغبطه، وحينئذٍ يمكن التمسّك بالعمومات، فلو شك فى أنّ الشارع منع عن النقل والسّقوط والإسقاط أوْ لا، رجع إلى الشك فى مانعيّه شيء أو شرطيّته، والمشهور جواز التمسّك بالعمومات حينئذ، وعليه، فيحكم بقابليّته لذلك.

أقسام الحق

فظهر أنَّ الحق على خمسه أقسام:

١ – فمن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل والإنتقال القهرى بالإرث، كحقّ التحجير. ولعلّ حق السكنى والرقبى من هذا القبيل.

٢ – ومن الحق ما لا يقبل شيئاً من ذلك، كحق الوصايه وحق التوليه.

٣ – ومن الحق ما يقبل الإسقاط والانتقال دون النقل، كحق الفسخ، وكذا حقّ الشفعه، لأنه إنْ نقل إلى الأجنبى، فهو ليس بموضوع لهذا الحق، إذ موضوعه هو الشريك، وإنْ نقله إلى الشريك الأوّل، فالمفروض خروجه بالبيع للغير عن كونه طرفاً للشركه، وإنْ نقله إلى المشترى كان معنى ذلك كونه مالكاً والحال أنّه مالك بالبيع.

٤ – ومن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل دون الانتقال، كحق المضاجعه، فيمكن إسقاطه ونقله إلى الضرّه، لأنها زوجه مثلها.

٥ – ومن الحق ما يقبل الإسقاط فقط، والظاهر أنّ حق القذف كذلك، إذ للمقذوف حق فى أن يشتكى عند الحاكم، وله إسقاطه، لكن لا ينقل ولا ينتقل.

وتبقى أمور لا نعلم كونها حقاً أو حكماً، وقد تقدّم الكلام عليها... .

وقد ظهر ممّا ذكرنا:

أن الإسقاط هو إخراج من جُعل الحق لأجل غبطته نفسه عن الطرفيّه للحق، فهذا ما يمكن أن يقال فى معنى الإسقاط، وإنْ كان لابدّ لعمل ذى الحق هذا من الإمضاء الشرعى.

وما معنى النقل؟

إن قلنا – كما ذكر الشيخ – إن البيع من النواقل، ولابدّ من تمليك الغير، انتقض ببيع الدين على من هو عليه، وهو نقض متين جدّاً كما عن صاحب الجواهر، وما ذكره الشيخ فى الجواب، فقد عرفت ما فيه:

أوّلًا: لا معنى لأنْ يصير الإنسان مديوناً لنفسه.

وثانياً: سلّمنا، لكنه يقول: أثره السّقوط. وفيه: كيف يعقل أنْ يكون الشيء سبباً لعدم نفسه؟

فإنْ قلت: معنى أن أثره السّقوط هو أنه لمّا كان ملكيّته لِما فى ذمّته بقاءً لغواً، فلا محاله يكون السقوط.

قلت: فِلِمَ حَدَثَ هذا الأمر الذى لا أثر له؟

الأقوال الاخرى فى حقيقه الحق

ويبقى الكلام فى الأقوال الأخرى فى حقيقه الحق:

فالميرزا الأستاذ قدّس سرّه كان يقول: بأنّ الحق مرتبه من الملك (١).

والشيخ الأستاذ قدّس سرّه كان يقول: بأنّ الحق هو الثبوت بالمعنى المصدرى والثابت بالمعنى الإسم مصدرى (٢).

والمحقق الخراسانى رحمه اللّه أراح نفسه فقال: الحق اعتبار خاص له آثار مخصوصه منها السّلطنه (٣).

والسيّد اليزدى طاب ثراه – والظاهر أنّه المشهور – على أنّ الحق هو السّلطنه (۴).

١- ١) المكاسب والبيع ١ / ٩٢.

٢- ٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٨.

٣- ٣) حاشيه المكاسب: ۴.

۴- ۴) حاشيه المكاسب ١ / ٢٨٠.

أقول:

قد عرفت أنّ المتبادر من الحق فی جمیع موارد استعماله أنّه متّخذ من القابلیّه والأهلیّه والجداره، فیحقّ له أن یفعل کذا بمعنی: أنه أهل لأن یفعل کذا. وهذا هو المعنی فی غیره من الشّواهد التی ذکرناها سابقاً.

وهو یستعمل أیضاً بحسب اللّغه فیما له الواقعیّه والثبوت، لکنْ لا مطلقاً، بل بخصوصیّه أنّ هذا له واقعیّه فی مقابل الباطل إذْ لا واقعیه له، ومن هذا الباب: قولنا: اللّه حق، الإسلام حق، القرآن حق... فلا ریب فی أنّه یستعمل فی الثابت، بالخصوصیّه المذکوره.

إنّما الکلام فی الحق بالمعنی الإسم المصدری، الذی له خصوصیّه الاعتبار الوضعی، فهو محلّ الکلام، لا الثبوت الذی ذکره الشیخ الأستاذ طاب ثراه، مضافاً إلی أنّا نقول: ثبت الحق، فلو کان الحق بمعنی الثبوت، لزم إسناد الشیء إلی نفسه، ونقول: ثبوت الحق، والشیء لا یضاف إلی نفسه.

وأمّا ما ذهب إلیه المیرزا الاستاذ قدّس سرّه، فلا یمکن المساعده علیه، لوجوه:

الأول: إن الملکیّه أمر اعتباری، وهو لا مراتب له، إذ المراتب مخصوصه بالمقولات، لا کلّها بل بعضها.

والثانی: إنّ الحق والملکیّه متقابلان، فیقال: فلان ذو حق، وفلان ذو ملک.

والثالث: هناک موارد یوجد فیها الحق ولا تتصوّر الملکیّه، فمثلاً: حق الاختصاص متحقّق لمن اتخذ الخمر للتخلیل، وکذا فی حق التحجیر... فهنا حق ولا ملک.

ورابعاً: إنّه لا معنی لأنْ یعتبر الملکیّه - ولو مرتبةً منها - لِما هو تحت

السّلطنه تكويناً، كما سيجیء فی قول المشهور.

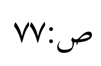
وأمّا أنه السّلطنه – كما هو المشهور – ، فإنْ أريد السّلطنه التكوينيّه، فعندنا موارد فيها الحق ولا سلطنه، كما فی المولّی عليه، وموارد بالعكس، كما هو الحال بالنسبه إلی الولی. فبين السلطنه والحق عموم من وجه.

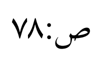
وأيضاً: الحق يضاف إلی ذی الحق فيقال: له حق الشفعه، ولا يعقل أن يكون للإنسان سلطنه اعتباريّه علی أعمال نفسه، وقد بيّنا أنّ قولهم: الحرّ مسلّط علی أعماله وأفعاله، غير صحيح.

وإنْ أريد السّلطنه الاعتباريّه، انتقض بموارد الإضافه إلی فعل ذی الحق وعمله، فإنّها سلطنه تكوينيّه، وإذ يوجد السّلطنه التكوينيّه، فلا يعقل اعتبار السّلطنه.

هذا تمام الكلام فی الحقوق وما يتعلّق بها(۱).

ص:۷۶





الملک

قوله:

بخلاف الملک، فإنها نسبه بین المالک والمملوک.

أقول:

والظاهر أن حقیقه الملکیّه عباره عن «الواجدیّه» فی عالم الإعتبار، والسّلطنه ملازمه لها، ولا یشترط أن تکون السّلطنه بالمباشره، فالصغیر یملک لکنّ سلطنته علی المملوک تتحقّق بواسطه ولیّه المتصرّف فیه، وفی قبالها: الملکیّه الحقّه الحقیقیّه، وهی للّه الذی لا إله إلّاهو الحیّ القیّوم، ولأولیائه الذین بهم الوجود، ولذا ورد عنهم علیهم السّلام «إنّ الأرض وما فیها کلّها لنا» (1) ونحوه غیره، وقد قام علیه البرهان أیضاً.

والدلیل علی أنّ حقیقه الملکیّه هی «الواجدیّه»، هو الاستعمالات الکثیره المتبادر منها ذلک.

وذهب شیخنا الأستاذ قدّس سرّه إلی أنّها «الحوایه» (2).

1- 1) وسائل الشیعه 25 / 415، الباب 3 من أبواب إحیاء الموات، الرقم: 2.

2- 2) حاشیه المکاسب 1 / 31.

وهذا قريبٌ ممّا ذكرناه.

ولا ـ ريب أنه يقصد منها ما كان بنحو القيوميّه للمحويّ وكون زمامه بيده، وإنْ لم تكن الحوايه هى المعنى المتبادر من لفظ الملك، قال فى المصباح: «حويت الشيء، إذا ضممته واستوليت عليه، فهو محوى» (۱).

والظاهر أن الاستيلاء من لوازم الحوايه وليست مرادفةً لها، لكون تعديتها ب«على» كما فى عبارته.

وقيل: الملكيّه هى السّلطنه (۲).

وفيه: ما ذكره شيخنا من أن السّلطنه تتعدّى ب«على» والملكيّه متعدّيه، فكيف يكون الترادف؟

وقيل: هى الجده (۳).

وفيه: إنّ مقوله الجده هى الهيئه الحاصله للشيء بسبب إحاطه شيء به، كالتقمّص والتعمّم والتّختّم ونحو ذلك، ولا ـ معنى لاعتبارها للمالك وهو من قام به المبدء، لأنّه المحيط بالمملوك لا بالعكس. كما لا مجال لأنْ يقال: بأنّ الملكيّه هى الإحاطه الإعتباريّه الموجبه لهيئه الجده، لأن الإحاطه تتعدّى ب«الباء» وتعديه الملكيّه بنفسها.

وقيل: الملكيّه اعتبار من مقوله الإضافه، أى: إنّ الملكيّه لمّا لم تكن من قبيل الإضافه المقوليّه، لأنّ المقوله ما يقال على شيء موجودٍ فى الخارج، والإضافه تكون بين الأمرين المتضايفين اللذين لا ينفكّ تعقّل أحدهما عن الآخر، كالفوقيّه والتّحتيه، فلذا عبّر بأن الملكيّه اعتبار من مقوله الإضافه.

۱- ۱) المصباح المنير: ۱۵۸.

۲- ۲) حاشيه المكاسب للسيد اليزدى ۱ / ۲۸۹.

۳- ۳) منيه الطالب ۱ / ۳.

وفيه: إنّ هذه المقوله هی النسبه المتکرّره التی توجب انتزاع عنوانین متضائفین متکافئین فی القوّه والفعل، ولابدّ لهذا الانتزاع من المنشأ، فإنْ کان هو السّلطنه أو الجده، فقد عرفت ما فیهما من الإشکال(۱).

ص:۸۲

قوله:

إلّا أنّ فی جواز وقوعها عوضاً للبیع إشکالاً، من أخذ المال فی عوضی المبایعه لغهً وعرفاً، مع ظهور کلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضین لِما یصحّ أنْ یکون أجرهً فی الإجاره، فی حصر الثمن فی المال.

أقول:

الإشکال تارهً: من حیث أن «الحق» لا یصدق علیه «المال» عرفاً، بل هما متقابلان. وأخری: من حیث أن «المال» یختصُّ بالأعیان الخارجیّه (۱).

ویندفع الإشکال بکلا الوجهین بأن: إطلاق المال علی الشیء، إمّا هو لأجل میل النفوس إلیه وبذل الشیء بأزائه، أو - کما قال الراغب (۲) - لأنه یمیل إلی الزوال، وهو - علی کلّ حالٍ - صادقٌ علی الحق. ومع التنزّل، فإنّ عباره

۱- ۱) ذکرهما المحقق الإصفهانی ۵۷/۱ والإشکال الثانی للمحقق الخراسانی کما فی تعلیقه ص ۴.

۲- ۲) المفردات فی غریب القرآن: ۴۷۸.

المصباح محموله علی الغالب، لأنَّ البیع صادق علی مبادله المال بعوضٍ.

وأشکل شیخنا المیرزا: بأنه لو جاز المبادله بین الملک والحق، بجعل الأوّل مبیعاً والآخر ثمناً، لزم انقلاب الملک حقّاً والحق ملکاً. والتالی باطل.

بیان الملازمه: أن البیع عباره عن تبدیل طرفی الإضافه وخروج کلٍّ من العوضین عن طرفیّته للإضافه إلی من هو له، وصیرورته طرفاً لإضافه الآخر، فإذا وقعت المعامله بین الملک والحق، صار ما کان طرفاً للملکیّه طرفاً للحق، وما کان طرفاً للحق طرفاً للملکیه. وهذا خارج عن حقیقه البیع (۱).

وفیه:

أولاً: إن أصل المبنی فی حقیقه البیع لا یمکن المساعده علیه. کما تقدّم سابقاً.

وثانیاً: إنه یری أنّ الحقّ مرتبه من الملک. وعلیه: فإنّ غایه ما یلزم هو اختلاف المرتبه فی طرف الإضافه، ولا محذور فیه أصلاً.

۱- ۱) المکاسب والبیع ۱ / ۹۳.

الکلام فی تعریف البیع (۱)

اشاره

(۱)

قوله:

ثم الظاهر: إن لفظ البیع لیس له حقیقه شرعیّه ولا متشرّعیّه، بل هو باقٍ علی معناه العرفی، کما سنوضّحه إن شاء اللّه.

إلّا أنّ الفقهاء قد اختلفوا فی تعریفه: ففی المبسوط والسّرائر والتذکره وغیرها:

إنتقال عینٍ من شخصٍ إلی غیره بعوض مقدّر علی وجه التراضی (۲).

وحیث أن فی هذا التعریف مسامحهً واضحهً، عدل آخرون إلی تعریفه ب :

الإیجاب والقبول الدالّین علی الانتقال (۳).

وحیث أن البیع من مقوله المعنی دون اللّفظ... عدل جامع المقاصد إلی تعریفه ب :

نقل العین بالصّیغه المخصوصه (۴).

ویرد علیه... ولا یندفع... لأنه: إنْ أرید بالصّیغه خصوص «بعت»، لزم الدور، لأنّ المقصود معرفه ماده بعت، وإنْ أرید بها ما یشمل «ملّکت»، وجب الاقتصار علی مجرّد التملیک والنقل.

أقول:

أمّا المسامحه فی التعریف الأوّل، فلأنّ الإنتقال أثر البیع لا أنه البیع.

۱- ۱) قد عرّف السیّد الجدّ البیع فی أوّل الکتاب. فهو یتکلّم علی تعاریف الفقهاء.

۲- ۲) المبسوط ۲ / ۷۶، السرائر ۲ / ۲۴۰، تذکره الفقهاء ۱۰ / ۵.

۳- ۳) المختصر النافع: ۱۱۸، الدروس الشرعیه ۳ / ۱۹۱، التنقیح الرائع ۲ / ۲۳.

۴- ۴) جامع المقاصد ۴ / ۵۵.

وأمّا الإشكال على التعريف الثانى، بأنّ: البيع من مقوله المعنى دون اللّفظ، فلا يتوجّه إنْ أريـد البيع المتّحقق من البائع والمشترى بالإنشاء منهما، نعم، يتوجّه النقض بالمعاطاه، حيث اخذ فى التعريف جهه الدلاله، وهى من شئون اللّفظ كما لا يخفى.

وأمّا قوله: إنْ أريـد بالصّيغه خصوص «بعت» لزم الـدّور، فيمكن دفعه بـأنّ المراد هو البيع بما له من المعنى المرتكز أو المتفاهم لدى الغير من أهل العرف(١).

ص:٨٧

تعريف الشيخ

قوله:

فالأولى تعريفه بأنه: إنشاء تمليك عين بمال.

ولا يلزم عليه شيء ممّا تقدّم.

أقول:

هذا التعريف يوافق ما عن العلّامه الطباطبائى فى مصابيحه حيث قال:

إن الأخصر الأسدّ تعريفه بأنه: إنشاء تمليك العين بعوض على وجه التراضى.

والظاهر أنّ الشيخ بدّل كلمه العوض، بلحاظ أن إطلاقه يعمّ غير المال.

ثم إنّ السرّ فى التعبير بالإنشاء هو عموم التعريف وشموله للصحيح والفاسد، لعدم كون لفظ البيع موضوعاً لخصوص الصحيح.

الإشكال عليه

ولو أن الشيخ عرّف البيع بأنه تمليك عينٍ بمال، بأن يكون المراد منه الأعمّ من التمليك الحقيقى والإنشائى، لسلم تعريفه ممّا أورد عليه المحقق الخراسانى:

أوّلًا: بأنّ المعنى فى مشتقات البيع - من: باع يبيع - هو التمليك، لا إنشاء التمليك.

ص:٩١

وثانياً: بأنّ البيع ممّا يقع فى حيّز الإنشاء، فإذا عُرّف بإنشاء التمليك، لزم وقوع الإنشاء فى حيّز نفسه، وهو غير معقول.

لكنّ الظاهر: أن مراد الشيخ من التمليك هو التمليك الإنشائى، وإضافه الإنشاء إليه من قبيل إضافه الصفه إلى الموصوف، فلا يتوجّه عليه الإشكال، وليس المراد من قولنا: التمليك الإنشائى هو تقييده به، حتى يورد عليه بأنّ المقيّد بالإنشاء لا يقع فى حيز الإنشاء، بل المراد هو معنى التمليك القابل لأن ينشأ(۱).

ص:۹۲

ردّ الإشكال بعدم الشمول لبيع الدين على من هو عليه

قوله:

من تعقّل تملّك ما على نفسه...

أقول:

قد تقدّم الكلام عليه، وبالجمله: إن المبيع إنْ كان هو الكلّى من غير

تقییدٍ له بالکون فی الذمّه، فهذا لا مالیّه له، وإنْ قیّد بکونه فی ذمّه المدیون لزم کونه مدیوناً لنفسه. نعم، لو باع البایع ما هو مساوٍ لذلک الکلّی فی عهده نفسه وتملّکه المشتری، سقط بالتهاتر. لکنّه خارج عن مورد النقض(۱).

ص:۹۴

الإشكال بصدقه على الشراء

قوله:

إنّ التمليك ضمنی، وإنّما حقيقه التملّك بعوض.

أقول:

وفيه: أن التعريف بإطلاقه يعمّ الضمنی.

والأولی أنْ يجاب: بأنّ المشتری إنما يُنشیء القبول والرضا بما فعله البائع من تمليك ماله فی قبال ما يأخذه من المشتری، فهو بذلك يخرج ماله عن ملكه ويدخل مال المشتری فی مكانه اعتباراً، والمشتری إنما يقبل ذلك ولا إنشاء له للتمليك أصلاً، غير أنّه لازم القبول منه فی التحقّق خارجاً.

فإن قلت: هذا فی سائر أنواع البيع، وفی السّلم مع تقدّم الإيجاب من البائع، وأمّا إنْ كان الإيجاب فيه من المشتری، كما إذا قال: أسلمت إليك هذه الدراهم فی كذا من الحنطه، أو قال: أسلفتك هذه فی كذا، لم يكن منه إنشاء القبول حتّی يتمّ ما ذكر أو يقال بأن التمليك ضمنی.

قلت: ليس ما ذكرناه ولا القول بأنّ التمليك ضمنی، تعبيراً عن قبول المشتری، بل إنّ جعله ما يملكه بدلاً وعوضاً عمّا يكون له من البائع رضاً منه وتمليك، وهذا حاصل منه، أی من المشتری، بلا فرقٍ بين أن يكون موجباً أو قابلاً.

ثم إنّ النقض باستيجار العين بعين، إنما يندفع بما ذكرناه، لا بالتمليك الضمنی الذی ذكره الشيخ فقال:

الإشكال بانتقاضه بمستأجر العين بعين

وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث أن الاستيجار يتضمّن تمليك العين بمالٍ أعنى المنفعه.

ولعلّ مراده من الضمنيّه هو ما ذكرناه، من كونه لازماً للمنشأ لا أنه هو المنشأ، فليتدبّر جيّداً(١).

ص:٩٧

إنتقاض طرده بالصّلح

قوله:

وفيه: إن حقيقه الصلّح - ولو تعلّق بالعين - ليس هو التمليك على وجه المقابله و المعاوضه، بل معناه الإصلى هو التسالم... .

أقول: ملخّص الجواب:

أوّلا: إنّ الصّلح لا يتعدّى إلى المال بنفسه ولا يقال: صالحتك هذا، بل على هذا، أو عن هذا، بخلاف التمليك، وذلك أماره الاختلاف بينهما مفهوماً.

وثانياً: إنه لا يجوز أنْ يورد النقض بخصوص مورد استعماله فيما يتعلَّق بالعين فى مقابل العوض، لأن استعماله فيه وفى سائر الموارد إنما هو بجامعٍ واحد وهو التسالم، ويشهد بذلك: أنه لو طالب خصمه أنْ يصالح عن شيء بشيء، لم يكن ذلك إقراراً بملكيّته له، بخلاف ما لو طلب منه التمليك فقال: ملّكنى هذا، فإنه نظير أنْ يقول: بعنى هذا ويكون إقراراً منه.

فائده:

المصالحه: المسالمه، والتصالح: التسالم، فإن استعمل بهيئه المفاعله تعدّى إلى الطرف بنفسه فيقال: صالحته وسالمته، وبهيئه التفاعل: تصالحت معه وتسالمت معه، أو يقال: تصالحنا، قال الراغب: «السّلام والسِّلم والسَّلَم:

الصّلح. قال تعالى «وَ لا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقى إِلَيْكُمُ السَّلامَ لَسْتَ مُؤْمِناً...» (1) وفى المنجد فى اللغه: «الصّلح: السّلم، وهو اسم من المصالحه، وصالحه مصالحةً:

١- ١) المفردات فى غريب ألفاظ القرآن: ٢٤٠.

وافقه، خلاف خاصمه، وتسالم القوم: تصالحوا وتوافقوا» (۱).

ثم إنْ كان الصّلح فى مقام رفع اليد عن الشىء يقال: صالحته عن حقوقى - مثلاً - بكذا، وربما يقدّر ما يرفع اليد عنه على مبنى أمرٍ معيّن فقال:

صالحته على كذا، أو يتوافقان على قرارٍ معيّن بينهما كما فى الشريكين، بأنْ يكون الربح والخسران على أحدهما، أو بأنْ يكون الشراء من أحدهما والبيع من الآخر، أو بما يسدّ مسدّ المضاربه، فيقال: صالحتك على كذا، وربما يتصالح على أنْ يكون شىء فى مقابل شىء، فيقال: صالحته على أن يكون كذا بكذا»(۱).

ص:۱۰۱

۱- ۱) المنجد فى اللغه: ۴۳۲.

هل يشمل الهبه المعوّضه؟

قوله:

وأمّا الهبه المعوّضه، والمراد بهاهنا: ما اشترط فيها العوض، فليست إنشاء تمليكٍ بعوض على جهه المقابله... .

أقول:

الهبه المعوّضه على قسمين، فتارةً: يهب بلا قيد والمتّهب يهب شيئاً كذلك. فهذه هبه معوّضه تترتّب عليها الآثار، وأُخرى: أنْ يهب بشرط أنْ يعوّضه. فقول الشيخ: والمراد بها... لإخراج القسم الأوّل، فإنه لا يحتمل أن ينتقض التعريف به.

وقوله: ليست إنشاء تمليك بعوض... يعنى: ليس معاوضةً بين الشيئين، بل هو معاوضه بين الهبتين، ويشهد بذلك أنه إذا أقبضه تملّك وإنْ لم يكن الطرف الآخر قد وهب، فلو كان مقابله بين المالين، لزم أن يكون مالكاً لما يملكه الطرف ويريد أنْ يهبه.

فالهبه المعوّضه ليست مقابلةً بين المالين، وإنما هو شرط للعوض، وفيه تمليكان وأحد التمليكين بعوض الآخر مع الاشتراط، وكذلك فى القسم الآخر ولكنْ بلا اشتراط.

ص:١٠٢

وبـالجمله، ففى الهبه المعوّضه - بكلاـ قسـميها - لاـ توجـد مقـابله بين المالين. نعم، بينهما فرق من جهه أنه حيث يشترط، يكون للواهب حق الفسخ... .

هذا مقصود الشيخ.

وأقول: فالهبه المعوّضه تنقسم إلى القسـمين المذكورين، وأمّا إذا كانت بشـرط النتيجه كأنْ يقول: وهبتك هذا بشـرط أن يكون متاعـك ملكـاً لى، فبمجرّد إقباـض الواهب وملكيّته، يكون ملـك المتّهب ملكـاً للواهب، فما ذكره الشـيخ من أنها هبه فى مقابله هبه، منقوض بما ذكرناه.

لكنّ المهمّ: أن هذا إنما يملك بالشرط لا بالمعاوضه، فالفرق بين الهبه والبيع واضح، والنقض غير وارد.

قوله:

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: أن حقيقه تمليك العين بالعوض، ليست إلّاالبيع... .

فمـا قيـل: من أنّ البيع هو الأصل فى تمليك الأعيان بالعوض، فيقـدّم على الصّـلح والهبه المعوَّضه، محلّ تأمّل بل منع، لما عرفت من أنّ تمليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير... لكنّ الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل... .

أقول:

عبارته غير مستقيمه، وصحيحها: إنه لو قصد الصّلح والهبه المعوّضه، لم يكن الاستعمال على حقيقته فى الأمرين ولم يكن بيع، إذْ لاـ يعقـل وقوعه بيعاً مع فرض قصـد الصّـلح أو الهبه المعوّضه وعـدم قصـد البيع. فمراده: إنه لو قال: ملّكتك كـذا بكـذا، وقصـد المعنى الحقيقى الذى هو عباره عن المبادله والمعاوضه، وقع بيعاً. ولو قال كذلك قاصداً الصّلح أو الهبه، فإنه وإنْ لم يقع بيعاً، لا يقع صلحاً أو هبه، لعدم كون الكلام صريحاً فيهما، فالاستعمال

مجازى، إذ وقوعهما منوط بالقول بكفايه الألفاظ غير الصّريحه فى المعاملات المخصوصه، ولو شك فى قصد البيع أو أحد الأمرين، كان مقتضى أصاله الحقيقه على أن مقصوده البيع.

فقول صاحب الجواهر: من أنّ البيع هو الأصل فى تمليك الأعيان...

يقول الشيخ: ليس مراده أصاله الحقيقه الجاريه فى موارد الشك كما ذكرنا، أى: متى شكّ فى أنه قصد البيع أو الصّلح والهبه، فالأصل المذكور يقتضى الحمل على البيع لأنه الحقيقه.

أقول: نعم، ليس مراده ذلك، بل لعلّ نظره إلى أنّ تمليك الأعيان أعمّ من التمليك الصّريح أو الضمنى أو الالتزامى، فتمليك الأعيان معنى كلّى ينطبق على البيع والصّلح والهبه المعوّضه، لوجود التمليك فيهما ولو بنحو الضمنيّه والالتزاميّه، لكنْ لمّا كان الشائع فى تمليك الأعيان بالعوض هو البيع، كان تمليكها بالعوض ظاهراً فى البيع، فالمراد من «الأصل» هو «الظاهر».

لكنّ الشيخ لا يوافق على هذا، لأنّ حقيقه الصّلح هو التسالم، وحقيقه الهبه المعوّضه التمليكان المستقلّان، حيث يشرط أحدهما بالآخر وليس مقابلةً بين المالين، فالأصل محلّ تأمّل بل منع، لأن تمليك الأعيان ليس معنىً كلّياً جامعاً بين المفاهيم، بل بينها تباين... وتمليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

كيفيّه إخراج القرض

قوله:

بقى القرض داخلًا فى ظاهر الحدّ، ويمكن إخراجه بأنّ مفهومه ليس نفس

ص:۱۰۴

المعاوضه، بل هو تمليک على وجه ضمان المثل أو القيمه لا معاوضه للعين بهما.

أقول:

لابدّ أوّلاً من بيان حقيقه القرض:

وهو فى كلام الشيخ: تمليک على وجه الضّمان.

وقال المحقق الخراسانى: المقصود من القرض هو التمليک لا مجّاناً بل بنحو الغرامه (١).

وقال شيخنا الأستاذ: هو تمليک ما له بدل واقعاً، فيقصد بتمليكه عدم المجانّيه، لا جعله بأزاء شىء (٢).

وقال الفاضل الإشكورى - وهو يقرّر كلام أستاذه المحقق الرشتى - لا معاوضه فى القرض أصلاً، بل هو عباره عن تسليم تشخّص العين مع بقاء ماليّته، بمعنى أن للعين جهه تشخّص وماليّه خاصّه وجهه كليّه وماليّه كليّه، فالمنتقل هى الماليّه الشخصيّه، وأمّا الكليّه، فهى باقيه على ذمّه المقترض برسم الأمانه، فلا معاوضه فى البين، نظير حكم الشارع بجواز التصرّف فى الملتقط ليحفظ فى ذمّته وإنْ ذهب تشخّصها (٣).

قوله:

ولذا لا يجرى فيه ربا المعاوضه ولا الغرر المنفى فيها ولا ذكر العوض ولا العلم به. فتأمّل.

أقول:

إنه لا يقدح الجهل بكون الشىء مثليّاً أو قيميّاً، بل لو قال له: أقرضتک ما

١- ١) حاشيه المكاسب: ۶.

٢- ٢) حاشيه المكاسب ١ / ٧٢.

٣- ٣) بغيه الطالب ١ / ٣٩.

فی الصندوق، وهو جاهل بمقداره، صحّ علی الأصحّ.

والتحقیق: إن التملیک أمر قصدی، وهو لیس بمقصود فی القرض، ویشهد بذلک کلمات أهل اللغه:

ففی المصباح المنیر: «والقرض ما تعطیه غیرک من المال لتقضاه» (۱).

وفی القاموس: «ما تعطیه لتقضاه» (۲).

وفی المفردات: «وسمّی ما یدفع إلی الإنسان بشرط ردّ بدله قرضاً» (۳).

وفی مجمع البحرین: «هو إعطاء شیء لیستعید عوضه فی وقت آخر» (۴).

مضافاً، إلی أنّ التملیک لا یخلو من أن یکون بلا عوضٍ أو مع العوض ولا ثالث، وحیث أنّ القرض لیس بهبهٍ ولا معاوضه، إذ لا یلزم فیه ذکر العوض، فلیس هو تملیکاً من المقرض. وأیضاً، فما ذکر من الضّمان، لیس من باب ضمان الید، إذ لیس للمالک المطالبه بالشیء مع کونه موجوداً کما هو المشهور، کما لا یجب علی المقترض دفعه، بل له أن یؤدّی مثله أو قیمته حتی مع وجوده. ولیس من باب ضمان الإتلاف، لأن مورده إتلاف مال الغیر بدون إذنه، فلا یشمل القرض، ولو أرید الأخذ بضمان الإتلاف، بمعنی أن یعطیه الشیء لأنه یضمنه لو أتلفه، لزم أن لا یکون مالکاً له وإنما قد أبیح له التصرف فیه، وإلّا فلا معنی لضمان الإتلاف فی ملک نفسه.

هذا بالنسبه إلی کلام الشیخ.

ص:۱۰۶

۱- ۱) المصباح المنیر: ۴۹۷.

۲- ۲) القاموس المحیط ۲ / ۳۴۲.

۳- ۳) المفردات فی غریب القرآن: ۴۰۰.

۴- ۴) مجمع البحرین ۴ / ۲۲۶.

وأمّا ما ذكر من الغرامه، فالأمر أشكل، لأن الغرامه هى الخساره، ولا موضوع لها فى القرض.

وأمّا ما ذكره شيخنا الأستاذ، من أنه تمليك ما له بـدل واقعاً، ففيه: أنه لو قال ماله بـدل بحسب الاتّفاق بين الطرفين لكان أولى، على أنه يسأل: هل هذا البدل بنحو الغرامه أو العوض؟ وكلاهما غير تام.

فالقرض: إعطاء الانسان المال إلى الغير، بجعله فى عهـدته مع قطع إضافته إلى نفسه، وهـذا هو المناسب لمفهوم القرض لغةً، فإنه فى اللّغه بمعنى القطع، ومنه الحـديث: «قرضوا لحومهم بالمقـاريض» (۱)، ولازم ذلك تملّك الغير الآخـذ له، والعهـده أعمّ من العين وبدلها(۱).

۱- ۱) ذكره صاحب مجمع البحرين فى «قرض» ۴ / ۲۲۷، قال: أى قطعوها.

استعمال البیع فی معانٍ اخر

اشاره

قوله:

ویظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فی معانٍ اخر غیر ما ذکر:

أحدها: التملیک المذکور، لکنْ بشرط تعقّبه بتملّک المشتری... .

أقول: أمّا البیع بمعنی الإیجاب المتعقّب للقبول، فالظاهر أنه لیس مقابلاً للأوّل... .

أقول:

هذه المعانی ذکرها الشیخ کاشف الغطاء قدّس سرّه (۱). قال الشیخ:

ولعلّه لتبادر التملیک المقرون بالقبول من اللّفظ، بل وصحّه السّلب عن المجرّد، ولهذا لا یقال: باع فلان ماله، إلّابعد أنْ یکون قد اشتراه غیره، ویستفاد من قول القائل: بعت مالی، أنه اشتراه غیره، لا أنه أوجب البیع فقط.

وبعبارهٍ أخری: إذا کان البیع إنشاء تملیک عینٍ بمال، فإنه یتبادر منه التملیک الحقیقی، فیکون هناک تملّک لا محاله، وإلّا کان تملیکاً إنشائیّاً.

وبالجمله: فإنّ التملیک الحقیقی - وهو المتبادر - لا ینفکّ عن تملّک المشتری.

وهذا المعنی الحقیقی هو المقصود أیضاً من الانتقال فی المعنی الثانی، أی: الأثر الحاصل من الإیجاب والقبول، وهو الإنتقال.

وقوله فی المعنی الثالث: «حتی الإجاره وشبهها...» معناه: أن لفظ «بعت»

۱- ۱) شرح القواعد ۲ / ۸ - ۱۱.

يكون فی البيع جزءً من العقد، لأنه إيجاب، وكذا «صالحت» فی الصلح و«أنكحت» فی النكاح. أما فی الإجاره، فإن قوله: «آجرتک» ليس جزءً من عقد الإجاره، لأنّ الإجاره ليست مصدر آجرتک وإنما هو الإيجار، بل الإجاره هی النتيجه الحاصله من الإيجاب والقبول، فهذا مراده من قوله:

«حتى الإجاره». وعلى الإجمال، يقول الشيخ بأن عناوين المعاملات – عدا الإجاره – هی من باب استعمال اللّفظ الموضوع للجزء فی الكلّ، أمّا فی الإجاره، فالعنوان من باب استعمال اللّفظ الموضوع للمسبّب فی السبب.

قلت: فإذا كان «البيع» نفس الإيجاب والقبول، فما معنى قولهم: كتاب البيع ويجب فيه الإيجاب والقبول؟

الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الأوّل

ثم إنّ الشيخ أشكل على المعنى الأوّل بما حاصله: عدم صحّه أخذ قيد التعقّب بالقبول فی معنى البيع المصطلح، وإنما هو فرد انصرف إليه لفظ البيع فی مقام قيام القرينه على إراده الإيجاب المؤثّر – وهو ملكيّه المشتری – الذی لا ينفک عن المؤثّر وهو التمليک، لأنّ التمليک متقوّم بالملكيّه – ولولاها لم يصدق – والملكيّه الخارجيّه منوطه بقبول المشتری، وذلک يكون بقيام القرينه.

فهنا مرحلتان، مرحله تأثير فعل البائع، وهو حصول الملكيّه، لأنّ الأثر لا ينفک عن المؤثّر، ومرحله الخارج، ومن الجائز أنْ لا تحصل الملكيّه فی الخارج إلّابعد القبول، فكان القبول شرطاً لحصول الملكيّه الخارجيّه لا أنه مقوّم لمفهوم البيع، ولذا قال:

فالبيع وما يساويه معنىً من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار كما

ص:١١٠

تخيّله بعض. فتأمّل.

أى: لأنّه يعقل الانفكاك بين الوجوب والإيجاب خارجاً، مثلاً:

لو أوجب المولى شيئاً ولم تقم على المكلّف حجّةٌ وأجرى البراءه عن التكليف، تحقّق الإيجاب ولم يتحقّق الوجوب، لأنّ الوجوب عباره عن ثبوت التكليف فى ذمّه العبد، ولا تحقّق له إلّابقيام الحجّه، فكان البعث من المولى حاصلاً من غير أنْ يكون انبعاث من العبد، لعدم قيام الحجّه، وكذلك الحال - بناءً على القول بالواجب المعلّق - حيث يكون الإيجاب من ا لمولى متحقّقاً، والوجوب غير موجود بل هو متأخّر عن القيد المعلَّق عليه، فما نحن فيه من هذا القبيل، وليس من قبيل الكسر والانكسار، إذْ لا يعقل الكسر خارجاً وعدم تحقّق الانكسار.

هذا شرح كلام الشيخ، ويمكن تأييده بأنّه: لو كان معنى البيع مأخوذاً فيه التعقّب بالقبول، فإنَّ كلّ مقيّد يتوقف تحقّقه على تحقق القيد، فلا تحقّق للبيع إلّابعد القبول، لكنّ قبول البيع متوقف على تحقّق البيع، فيكون البيع متوقّفاً على القبول، والقبول متوقّفاً على البيع، وهذا دور.

إلّا أنه ينبغى المزيد من الدقّه:

إن المفاهيم تارةً: جوهريّه، كالماء والتراب ونحوهما من الموجودات الخارجيّه، وهذه المفاهيم تارةً لها وجود ذهنى وأخرى وجود خارجى، وربما يحصل لها الوجود التنزيلى كما يقول السكّاكى. والمفاهيم الجوهريّه لا تقع فى حيّز الإنشاء.

وأخرى: هى مفاهيم عرضيّه، وهذه على قسمين:

فالقسم الأوّل: ما يفيد مفاد المصدر، أى: النّسبه الناقصه، وقد يكون له وجود ذهنى، وقد يكون وجود خارجى بمعونه القرينه، فالأكل والشرب

ونحوهما هی من المفاهیم العرضیّه الرابطیّه، إلّاأنّها موجوده فی الخارج أوْلا، فإنّ ذاک خارج عن حدّ المفهوم فیها.

والقسم الثانی: ما یفید مفاد الماضی والمضارع والأمر، فالماضی یدلُّ علی أنَّ العرض له نسبه تحقّقیه لموضوعه، مثل: أکل وشرب، ویکون لهذه النسبه وجود فی الخارج لا ـ محاله وإلاّ ـ لم تکن تحققیّهً، لأنّ الحقیقه ترادف الوجود کما ذکر المحقق الطوسی رضوان اللّه علیه، وکذا غیره من المشتقات.

وثالثه: مفاهیم اعتباریّه، کالزوجیّه والملکیّه، ولیس لها وجود، غیر أنّها تقبل الوقوع فی حیّز الإنشاء، وهی دائماً بحاجهٍ إلی مصحّح الاعتبار، وهو قد یکون شرعیّاً وقد یکون عقلائیاً، وإن جاز أنْ یقال بأنّ العقلائی شرعی أیضاً، غیر أنّ الشارع قد یمضی اعتبار العقلاء وقد لا یمضی.

فالملکیّه أمر اعتباری، فإذا ملّک داره لزید، فقد اعتبر ملکیّه الدار له، والعقلاء قد یمضون اعتباره وقد لا، والشارع قد یمضی اعتبارهم وقد لا یمضی.

إذا عرفت هذه المقدّمه، ظهر لک أنّ تعقّب البیع بالقبول بالنسبه إلی الملکیّه العقلائیّه والشرعیّه معتبر، إلّافی الملکیّه القهریّه، واعتبارها فی البیع والشراء بدون تعقّبه لا ـ مصحح له عقلاءً وشرعاً، ویبقی اعتبار المالک وحده، فهل یمکن الاعتبار منه والتملیک المالکی حیث یعلم أنْ لا وجود خارجی للطرف المقابل، أو له وجود ولکنْ لا یسمع، أو یسمع ولا یرید القبول؟

وبعباره أخری: لا ـ ریب أنّ الإنشاء خفیف المؤنه، لأنه قصدٌ لثبوت المعنی باللّفظ، فیعتبر السماء – مثلاً – مالکاً للدار ویقول: ملّکت السماء، ولکنّه فی مقام الجدّ وإراده تملیک الغیر جدّاً، هل یعقل التملیک المالکی من

دون تحققٍ للقبول الخارجى؟

الإنصـاف هو العـدم، وإنّ التمليـك المـالكى بنحو الجـدّ منوط بوجود قبولٍ فى الخـارج، وبالتفات البائع إلى أن الطرف المقابل سيقبل، فالقول بتقوّم مفهوم البيع بالقبول بعد الإيجاب قريبٌ جدّاً، والدّور الذى ذكرناه يشبه الدّور المعى(١).

ص:١١٣

الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الثانى

قوله:

وأمّا البيع بمعنى الأثر وهو الإنتقال، فلم يوجد فى اللّغه ولا فى العرف، وإنّما وقع فى تعريف جماعه تبعاً للمبسوط، وقد يوجّه: بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنىّ للمفعول، أعنى المبيعيّه. وهو تكلّف حسن.

ص:١١٩

أقول:

قال شيخ الطّائفه: البيع هو انتقال عينٍ مملوكه من شخص إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضى (١).

والظاهر أنّه أراد الإنتقال الملكى الذى هو المسبّب، فقد استعمل اللفظ الموضوع للسّبب فى المسبّب، وإلّا فالمبيعيّه هى المملوكيه لا الملكيّه، فتعريف بالبيع بالإنتقال تعريف للشّىء الذى هو السبب بمسبّبه، نظير تعريف الشىء بلازمه، فهو شبيه للرّسم.

الكلام على اشكال الشيخ على المعنى الثالث

قوله:

وأمّا البيع بمعنى العقد، فقد صرّح الشهيد الثانى رحمه اللّه بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقه السببيّه. والظّاهر: إن المسبّب هو الأثر الحاصل فى نظر الشارع... .

أقول:

حاصل إشكال الشيخ على هذا المعنى بناءً على مختاره فى تعريف البيع هو:

أن الإيجاب والقبول سببٌ للملكيّه، أى: إن التمليك الذى يقصده المالك يحصل بواسطه الإيجاب والقبول، وليس البيع نفس الإيجاب والقبول. فقول القائل باعتبارهما هو بلحاظ أن المقصود من البيع هو ترتب الأثر فى نظر الشارع، وهو المسبب من الإيجاب والقبول، وبهذا اللّحاظ يقال: لزم البيع، وجب البيع، أقال البيع... وهكذا. وعلى الجمله، فالبيع هو إنشاء التمليك لا الإيجاب والقبول، وهذا هو البيع الاصطلاحى.

ص:١٢٠

١- ١) المبسوط فى فقه الإماميه ٢ / ٧٦.

والحاصل: فإن المسبب عن العقد هو البيع الاصطلاحى حقيقةً أو مجازاً، أى المعنى الاسم مصدرى، وأمّا البيع بالمعنى اللّغوى فهو النقل الإنشائى الحاصل من الموجب، ضروره أن المنشأ لا ينفك عن إنشائه بل متّحد معه(١).

ص:١٢١

هل البيع اسمٌ للصحيح؟

اشاره

قوله:

ثمّ إنّ الشهيد الثانی نصّ فی کتاب الیمین من المسالک (۱) علی أنّ عقد البیع وغیره من العقود حقیقه فی الصّحیح مجاز فی الفاسد... وقال الشهید الأوّل فی قواعده: الماهیّات الجعلیّه - کالصّلاه والصوم وسائر العقود - لا تطلق علی الفاسد إلّا الحج (۲)... .

أقول

ذهب الشهید إلی أن عقد البیع وسائر العقود موضوعه لخصوص الصحیح، للتبادر وصحّه السّلب عن الفاسد - کما فی تعبیر الشیخ، وأما فی عباره المسالک فهو: عدم صحه السّلب، وهو یرادف التبادر - ولأنّه إذا قال:

بعت داری لزید، فقد أقرّ علی نفسه، حتی لو ادّعی إراده البیع الفاسد لم تسمع دعواه إجماعاً، ولو کان اللّفظ موضوعاً للأعمّ من الصحیح والفاسد، لسمعت دعواه وقُبل تفسیره بأحدهما، فمن عدم سماع ذلک منه یستکشف أنه موضوع لخصوص الصّحیح. وکذلک الحال فی سائر العقود، ولذا قال الشهید:

الماهیّات الجعلیّه... وظاهره - کما قال الشیخ - إراده الإطلاق الحقیقی، إلّا الحج، فإنه إذا قارب زوجته، قال جماعه: فسد حجه وعلیه أنْ یحجّ من قابل، وقال آخرون - ولعلّه الأصحّ - بصحّه حجّه، لکنْ علیه الحج من قابل عقوبةً (۳).

ص:۱۲۳

۱- ۱) مسالک الأفهام ۲ / ۱۵۹ ط الحجریّه.

۲- ۲) القواعد والفوائد ۱ / ۱۵۸.

۳- ۳) وهو صریح صحیحه زراره. وسائل الشیعه ۱۳ / ۱۱۲، الباب ۳ من أبواب کفّارات الاستمتاع: الرقم ۹.

الإشكال على الشهيدين

قال الشيخ:

ويشكل ما ذكراه: بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسّک بإطلاق نحو «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» وإطلاقات أدلّه سائر العقود فی مقام الشکّ فی اعتبار شیء فيها، مع أنّ سيره علماء الإسلام التمسّک بها فی هذه المقامات.

أقول:

وجه الإشكال فی عدم جواز التمسّک بإطلاق قوله تعالی «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» ونحوه فی مقام الشّک فی دخل شیء وجوداً أو عدماً واضح، لأنه إذا كان موضوعاً للصحيح المؤثّر، كان مجرّد احتمال دخل الشیء كافياً للشک فی صدق عنوان «البيع» على ما وقع، وحينئذٍ، لا يحرز الموضوع، فكيف يتمسّک بالآيه و يرتّب الأثر على البيع ويحكم بحلّيته؟

ثم ذكر وجهاً لما ذهب إليه الشهيدان، والوجه لتمسّک العلماء بالإطلاقات كما سيأتی.

وأقول: إنّ «الصحيح» قد يطلق فی مقابل المعيب، وقد يطلق فی مقابل السّقيم،وقد يطلق فی مقابل الفاسد، وربما يقال الصحيح فی مقابل الناقص، فيراد منه الكامل، والمراد منه فی قبال الفاسد - ولعلّه فی غيره أيضاً - هو ما يترتّب عليه الأثر المترقّب منه، فيكون الفاسد ما لا يترتّب عليه الأثر المذكور، فالموصوف بالصّحه والفساد يكون بالضروره ممّا يمكن انفكاك الأثر منه، فأمّا ما لا ينفك عنه الأثر، فلا يعقل أن يوصف بالصحّه تارةً وبالفساد اخرى.

وعلى ما ذكرنا، فإنه إن كان تعريف البيع مبادله مالٍ بمال، فإنّ المبادله

ص:۱۲۴

يـدور أمرهـا بين الوجود والعـدم ولا تتّصف بالصـحّه والفساد، وكـذلك بناءً على أنه تمليك عين بمالٍ، لأنّه إمّا حاصل وإمّا لا، ولاـيمكن أنْ يقـال: تمليك ولا ملكيّه، لأنّ النسـبه بينهما نسـبه الإيجاد والوجود، فالحقيقه واحـده والإختلاف مفهومى، من جهه تعـدّد النسـبه، فـإذا نسب الأـمر إلى الفاعـل فهو تمليـك، وإذا نسب إلى الشـىء فهو ملكيّه، وكـذلك الإيجاب والوجوب، ونحو ذلك.

والنسـبه بين الصـحّه والفساد هى نسبه العدم والملكه، وما يكون أمره دائراً بين الوجود والعدم فالنسبه فيه نسبه السّلب والإيجاب، و«مبـادله مـالٍ بمـالٍ» و«تمليك عينٍ بمال» من قبيل الثانى لا الأوّل، لأن المبادله أو التمليك إمّا موجود أو معـدوم، فلا يصـحّ أن يقال: هل حصلت الملكيّه بعد التمليك أوْ لا؟ لأنّ عدم الملكيّه عدم التمليك لعدم الإنفكاك بينهما.

فإذن، لا مجال للبحث عن أن البيع حقيقه فى الصحيح أو الأعم، بناءً على التعريفين المزبورين.

نعم، يصحُّ البحث عن ذلك بناءً على مختار الشيخ فى التعريف، لأن إنشاء تمليك عين بمالٍ، قد يؤثّر فى الملكيّه وقد لا يؤثر.

ثم إنَّ المشـهور – والظاهر أن عليه الشـيخ أيضاً، ولذا أشـكل على التمسّک بالإطلاقات، ثم وجّهه بما سيأتى، وإلّا لم يكن حاجه إلى ذلـك كما سـنوضّح – أن الملكيّه أمر ثابت فى نفس الأمر، وكلّ من نظر العرف والشّرع طريق إليه، فإذا قال الشارع ببطلان البيع الربوى، فقد خطّأ العرف والعقلاء فى الطريق إلى ذلك الأمر الواقعى.

ويقابله القول بأنها أمر اعتبارى ولا واقعيّه لها أصلاً، وكلّ من بيده الاعتبار إذا اعتبر شيئاً، فإنه يتحقّق فى موطن الاعتبار، فإذا اعتبر العقلاء

الملكيّه تقرّرت فى موطن اعتبارهم، ثم الشارع قد يطابق اعتباره ذلك الاعتبار، فتتحقّق الملكيّه الشرعيّه مطابقةً للملكيّه العقلائيّه، وقد لا يوجد من الشارع الاعتبار المطابق لاعتبارهم، ولا تنتفى الملكيّه حينئذٍ، لأنّ المفروض وجود الملكيّه الاعتباريّه.

وهذا القول هو الصّحيح.

إنمـا الإشـكال بنـاءً على قول المشـهور، لأنـه إذا كان البيع موضوعاً للمؤثر فى الملكيّه الواقعيّه ثمّ شكّ فى اعتبار العربيه مثلاً فى عقـد البيع، ولا نـدرى هل العقـد الفاقـد لها يؤثّر أوْ لا، كان التمسّك بالاطلاقات غير جائز كما تقـدّم، بخلاف القول الثانى، فإنه بنـاءً عليه لاـ محـذور فى التمسّـك، لأـنّ البيع موضوع لإنشـاء التمليـك المؤثر فى الاعتبـار العقلائى، والألفاظ موضوعه للمعانى العرفيّه، وعليه، فمعنى الآـيه المبـاركه: إنّ كـلّ عقـد كـان مؤثّراً فى الملكيّه الاعتباريّه العقلائيّه فهو حلال، فإذا قال: الغرر مفسـد للبيع، فقـد اسـتثنى البيع الغررى من عموم مـا أمضـاه، لأـنّ مقتضـى الإطلاـق مؤثّريه كلّ بيع عقلائى، فيكون دليل المنع من البيع الغررى مخصّصاً ويخرج به هذا النوع من تحت العام.

فقول الشيخ: ويشكل ما ذكراه... مبنيٌّ على قول المشهور.

ثم قال الشيخ ما حاصله: البيع بالمعنى المصدرى عباره عن النقل الحاصل من البائع والواقع فى حيّز الإنشاء، ويقابله المعنى الإسم المصـدرى وهو حصول النقـل فى الخـارج، ومراد البـائع من قوله بعت هو المعنى على النحو الثانى ولو فى نظره، فإنْ طابق الواقع كان صحيحاً وإلّا فهو فاسد، وأمّا الشارع، فإن كان مؤثّراً فى اعتباره كان بيعاً وإلّا فلا، فبيع الهازل - مثلاً - ليس ببيع عند العرف، وكذلك لو باع وقصد حصول الملكيّه ولم يؤثّر عند

الشّارع - كبيع الغرر - فهو ليس ببيع.

وعلى هـذا، فلاـ يتوجّه على الشيخ مـا أورده بعض الأكابر (۱) من أن النقـل الإسم مصـدرى يـدور أمره بين الوجود والعـدم ولا يتّصف بالصّحه والفساد.

وبعبـاره أخرى: إذا كـان للملكيّه واقعيّه، وكانت مؤثريّه الملكيّه الحاصـله من المصـدر فى تحقّق الملكيّه الواقعيّه، موجبةً لانطباق عنوان الصحه عليها، وعدم مؤثّريتها فى حصولها موجبةً لاتّصافها بالفساد، لم يتوجّه الإشكال عليه.

ويبقى الكلام فى وجه التمسّك بالإطلاقات فى كلّ موردٍ شكّ فى دخل شـىء وجوداً أو عدماً فى المؤثّريه، وينحلُّ كلام الشيخ هنا إلى وجهين:

أحدهما: إن الشارع يخاطب العرف، وهو كأحدهم فى مكالماته ومحاوراته معهم، فمراده من البيع فى قوله «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» هو ما يراه العرف بيعـاً، كمـا هو الحـال فى الألفـاظ الأـخرى من المـاء والتراب وغيرهمـا، فمراده من البيع فى الآيه - وهو يكلّم العرف ويتكلّم بلسـانهم - نفس مـا يراه العرف بيعـاً، فمعنى الآـيه حينئـذ: إن النقل الملكى الحاصل من المصـدر المؤثر عنـد العرف فى الملكيّه الواقعيّه، حلالٌ بالحليّه الوضعيّه.

والثانى: إن «أحلّ» تعبّد من الشارع بالتأثير وجعله مؤثراً، فالبيع الذى هو مبدء المشـتقات، هو الذى تعلّق به الحلّ، أىْ جُعل حلالاً ومؤثّراً فى الملكيه الواقعيه.

وحاصل الوجهين: إنّ البيع لم يستعمل فى الآيه فى المؤثّر فى الملكيّه الشّرعيه، بل هو مستحيل، للزوم إثبات الشىء بنفسه.

١- ١) حاشيه المكاسب للمحقق الإصفهانى ١ / ٨٥ .

ولو فرض كون الحليّه بمعنى الترخيص لاـ الحليّه الوضـعيّه، فالأـمر كـذلك، إذ يكون المعنى: إنكم مرخّصون فى البيع الـذى هو مـؤثّر عنـدكم فى الملكيّـه، فلـو لم يكن مـؤثّراً عنـدهم لم يعقـل الـترخيص فيه لهم، فـالترخيص فيه ملاـزم لكـونه مـؤثّراً، وليس الترخيص إلّاالإمضاء والقبول.

هذا بيان كلام الشيخ وهو المقصود يقيناً، خلافاً لبعض الأكابر حيث فسّره بنحوٍ آخر غير مقبول عندنا.

وهذا كلّه بناءً على أنّ للملكيّه واقعيّهً كما عليه المشـهور، وحاصل الكلام بناءً عليه: إنه إنْ أثّر ما صدر من البائع فى الأمر الواقعى كـان بيعـاً وإلّـا فلاـ يكون بيعاً، ولـذا يكون النهى من الشارع - كما فى مورد الغرر والرّبا - بمعنى أن البيع الواقع من المالك غير مؤثر، وإنْ كان مؤثراً عند العرف كذلك، كان الشارع مخطّئاً للمالك والعرف فى تلك الموارد؛ وحيث لا نهى منه فهو الإمضاء لما هو الموجود عند العرف.

وأمّـا بنـاءً على أنْ لاـ واقعيّه للملكيّه يكون نظر الشارع والعقلاء طريقاً إليها، بل هى أمر اعتبارى ولا حقيقه لها وراء الاعتبار، كان البيع أمراً قائمـاً بنفوس العقلاـء واعتباراً آخر قائماً بنفس الشارع، فإذا نهى الشارع عن الغرر مثلاً، فالملكيّه موجوده، إلّاأن الشارع لا يرتّب الأثر الشرعى عليها.

وهـذا المبنى هو الحق كمـا تقـدّم، وعليه يصـحّ التمسّـك بالإطلاقـات بكـلّ وضوح، لأـنّ لفـظ الـبيع موضوع للمعنى اللّغوى أى الملكيّه العقلائيّه، فإذا أحلّه اللّه فقد أحلّ البيع الذى هو مؤثّر فى الاعتبار العقلائى، فيكون للشارع اعتبار إلى جنب الاعتبار منهم، وإذا نهى عنه فى موردٍ كان استثناءً عن العام أو المطلق الدالّ على حليّه جميع الأقسام، فإنْ اشترط للمؤثريّه شرطاً، أسقط

ص:١٢٨

عن التأثير ما كان فاقداً لذلك الشرط، وهذا أيضاً تخصيصٌ للعام(١).

ص:١٢٩

المعاطاه

ص:١٣٥

المعاطاه

اشاره

قال الشيخ:

إعلم أنّ المعاطاه – على ما فسّره جماعه – أنْ يعطى كلٌّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر.

أقول:

تعريف المعاطاه

أى: إنّ المعطى يعطى الشىء عوضاً عمّا سيأخذه من الآخذ الذى يعطى عوضاً عمّا أخذه، فالبايع يأخذ بعدُ والمشترى يأخذ بالفعل.

وهذا الذى ذكره عباره عن المعاوضه لا البيع بالتعاطى والمعاطاه البيعيّه التى تسدّ مسدّ البيع بالصّيغه وتحلّ محلّه، فكأنّه بصدد بيان المعنى اللّغوى للمعاطاه، إذ يتحقّق بإيجابين وقبولين، لأنّ كلّاً منهما يوجب بإعطائه ويقبل بأخذه، أمّا فى البيع المعاطاتى، فإنّ الإعطاء هو الإيجاب والأخذ هو القبول، فالمقوّم له نفس الإعطاء للغير وأخذ الغير للشىء، سواء دفع العوض بالفعل أو لم يدفع، فلا مدخليّه فى حقيقته لإعطاء المشترى، ولذا يتحقّق نسيئةً، حيث يعطى أحدهما بعوضٍ يكون فى ذمّه الآخر إلى أجلٍ معيّن، وذاك يقبله بالأخذ، ويكون دفعه للعوض وفاءً لمّا تعهّده.

فإنْ قلت: وفى النسيئه أيضاً، يكون الإعطاء مقوّماً وإنْ كان بعد حين.

قلت: إذاً يلزم فى النسيئه أنْ لا يكون الآخذ للشىء مالكاً له حين الأخذ، بل يملكه إذا حلّ الأجل ودفع العوض، فلو تعذّر عليه دفعه عند حلوله لزم

القول بعدم حصول الملكيّه له فيما أخذه نسيئةً، مع أنّ الأمر ليس كذلك، فإنه يملك الشىء من حين أخذه.

فالصّحيح أنْ يقال بأن: المعاطاه أنْ يعطى أحدهما قاصداً التمليك بعوضٍ ويأخذه الآخر.

فإن كان رحمه اللّه فى مقام تعريف البيع بالتعاطى، توجّه عليه الإشكال بعدم انطباق ما أفاده عليه، فلابدّ من القول بأنه بصدد بيان المفهوم اللّغوى، لا سيّما بالنظر إلى قوله بعد ذلك: وهو يتصوّر على وجهين، أحدهما: أنْ يقصد الإباحه، لأنّ قصد الإباحه أجنبى عن البيع.

لكنْ يبقى عليه ما تقدّم من أنّ هيئه المفاعله غير موضوعه لغةً لصدور الفعل من الاثنين، وأنّ مدلولها صدور المبدء من الشخص متوجّهاً إلى الغير أعمّ من أنْ يصدر من الآخر كذلك أوْ لا يصدر، كما فى خاطب زيد عمراً، ووارى الميّت وخادع بكراً... وهكذا(١).

ص:١٣٨

أقسام المعاطاه

قوله:

وهو يتصوّر على وجهين، أحدهما: أنْ يبيح كلّ منهما للآخر التصرّف فيما يعطيه من دون نظيرٍ إلى تمليكه.

أقول:

فى هذا المعنى إعطاءان وإباحتان فى التصرّف، وليس فى البين تمليک، وهل هى إباحه مطلقه أو فى جهةٍ خاصّه؟ ظاهره الأوّل، فيعمّ الانتفاع والإتلاف والتصرّفات المتوقّفه على الملک، فيقع الإشكال بأنه: مع قصد الإباحه كيف يعقل جواز سائر التصرّفات المتوقفه على الملک، كالبيع والوقف ونحوهما؟

اللّهم إلّاأن يقال: بأن هذه الإباحه فعليّه، ولمّا كانت مطلقةً وشامله لجميع أنحاء التصرّف، كان للإباحه هذه دلاله التزاميّه على كونه وكيلاً من قبله فى تمليک الشىء لنفسه، حينما يريد أنْ يتصرّف فيه التصرّف الموقوف على الملک(١).

قوله:

الثانی: أنْ یتعاطیا علی وجه التملیک.

أقول:

ظاهره أن التعاطی علی هذا الوجه هو الذی یحقّق المعاطاه البیعیّه، فیرد علیه: ما تقدّم من أنّ المعاطاه البیعیّه لیس «أن یتعاطیا»، بل إعطاء وأخذ وإلّا یلزم أن یکون هناک تملیکان وقبولان. وبالجمله: المعاطاه إعطاء علی وجه التملیک وأخذ علی وجه التملّک، وما ذکره غیر منطبق علیها أصلاً.

قوله:

وربما یذکر وجهان آخران، أحدهما: أن یقع النقل من غیر قصد البیع ولا تصریح بالإباحه المزبوره، بل یعطی شیئاً لیناول شیئاً فدفعه الآخر إلیه. الثانی:

أنْ یقصد الملک المطلق دون خصوص البیع.

أقول:

الوجهان ذکرهما صاحب الجواهر رحمه اللّه بعد الوجهین السّابقین،

فالوجوه عنده أربعه، قال فی الجواهر: «ثالثها: أنْ یقع الفعل من المتعاطیین من غیر قصد البیع ولا تصریح بالإباحه المزبوره، بل یعطی البقّال - مثلاً - شیئاً لیتناول عوضه فیدفعه إلیه... .

رابعها: أنْ یقصد الملک المطلق...» (۱).

فأشکل الشیخ علی الأوّل:

قوله:

ویردّ الأوّل: بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوانٍ من عناوین البیع أو الإباحه أو العاریه أو الودیعه أو القرض أو غیر ذلک من العناوین الخاصّه.

أقول:

تقریب الإشکال هو: إنّ هذا الإعطاء فعل تکوینی خارجی، والفعل لا یعقل أن یکون بلا داع، لأن الدّاعی من مبادی الإراده، فإمّا هو انتفاع الطرف المقابل بالعین وکونها عاریهً عنده، وإمّا هو کونها عنده أمانهً، وإمّا هو التملیک مع الضمان فیکون قرضاً، أوْ لا یکون تملیکٌ بل ترخیص فی التصرّف فیکون إباحهً. فلابدّ من أحد هذه العناوین، ولا یعقل تحقّق الفعل منسلخاً منها. أمّا سائر العناوین، فلا مجال لاحتمال شیء منها، وأمّا التملیک والإباحه، فقد ذکر أنْ لا قصد بالنسبه إلیهما.

وعلی الجمله، الإعطاء الخارجی فعل اختیاری، وهو مسبوق بالإراده، وهی لا تکون بلا داع یکون هو الغرض من الفعل والعلّه الغائیه، وهو لا یخلو من عنوانٍ من العناوین.

والظاهر: أنّ هذا مراد الشیخ، لا ما ذکره السیّد - رحمه اللّه - من أنّ

۱- ۱) جواهر الکلام ۲۲ / ۲۲۶ - ۲۲۷.

الجنس بلا فصلٍ لا یتحقّق(۱).

إلّا أنه مع الدقّه والتأمّل فی کلام صاحب الجواهر یظهر عدم ورود الإشکال علیه، إنه یقول: «أنْ یقع الفعل من المتعاطیین من غیر قصد البیع ولا تصـریح بالإباحه... ولعلّ القائل باشتراط الصیغه فی البیع یشرّعه أیضاً علی جهه الإباحه التی هی الأصل فیما یقصد به مطلق التسلیط، فغیرها

ص:۱۴۲

محتاج إلى قصدٍ آخر بخلافها، فإنه يكفى فيها قصد هذا التسليط المطلق» (۱).

وتوضيحه: إنّ الإعطاء الخارجى عباره عن إيجاد السّلطنه خارجاً، فهو برفعه اليد عن متاعه وإدخاله إيّاه تحت يد الطرف الآخر، يسلّطه سلطنةً تكوينيّةً خارجيّه عليه، وهذا العمل الخارجى يصلح لأنْ يتعنون بشىء من العناوين، من البيع والهبه والعاريه وغيرها، لكنّه لمّا يفعل ذلک لا يقصد شيئاً منها بل يريد جعل الشىء تحت تصرّف الآخر، ومثل هذا الفعل لا يكون عند الشرع والعقل إلّاالاباحه.

وعلى هذا، فلا مجال لإشكال الشيخ عليه، لا بتقريب السيّد، لأنّ الفعل الخارجى أمر تكوينى، وليس للأمر التكوينى جنس ولا فصل، ولا بتقريبنا، لأنه لو كان المقصود حصول عنوانٍ معيّن من العناوين لتوجّه عليه ذلک، لكنّ المقصود نفس الفعل الخارجى، أعنى رفع اليد عن الشىء وجعله تحت تصرّف المعطى وسلطنته، ليكون مقدّمةً إعداديّةً لفعل الطرف الآخر مثل هذا الفعل فى حقّه(۱).

۱- ۱) جواهر الكلام ۲۲ / ۲۲۶ - ۲۲۷.

وأشكل الشيخ على ثانى وجهى صاحب الجواهر:

قوله:

والثانى بما تقدّم فى تعريف البيع من أن التمليك بالعوض على وجه المبادله هو مفهوم البيع لا غير.

أقول:

إشكاله على هذا الوجه - وإنْ لم يمنعه كما منع الأول - غير وارد كذلك، إذ ليس فى كلام صاحب الجواهر كلمه «العوض». فإن كان مراده أن يقصد كلّ منهما الملكيه المطلقه من غير تقييد بخصوصيّه الملكيّه الجامعه بين البيع وغيره من المملّكات، لم يتوجّه عليه إلّاما ذكره السيّد فى الوجه السّابق من عدم معقوليّه قصد الجنس بلا فصل، وحينئذٍ، يجاب عنه بما أفاده السيّد من الفرق بين الإنشاءات والتكوينيّات، ففى الإيجاد الإنشائى يمكن قصد الجنس بلا فصل، نظير قولهم باستعمال صيغه الأمر فى جامع الطلب من دون خصوصيّه الوجوب والندب.

وعلى هذا، يتحقق الفرق بين هذا الوجه والوجه الثانى من وجهى الشيخ قدّس سرّه(١).

وهذا تمام الكلام فى تعريف المعاطاه وأقسامه.

حكم البيع المعاطاتی

اشاره

قوله:

ثم إنّ المعروف بین علمائنا فی حکمها، أنها مفیدهٌ لإباحه التصرّف، ویحصل الملک بتلف إحدی العینین. وعن المفید وبعض العامّه، القول بکونها لازمه کالبیع.

وعن العلّامه رحمه اللّه فی النهایه احتمال کونها بیعاً فاسداً فی عدم إفادتها لإباحه التصرّف ولابّد أوّلاً من ملاحظه أنّ النزاع فی المعاطاه المقصود بها الإباحه أو فی المقصود بها التملیک؟ الظاهر من الخاصّه والعامّه هو المعنی الثانی.

أقول:

ذکر الشیخ قدّس سرّه الأقوال فی حکم المعاطاه، واستظهر أنّ النزاع هو فی المعاطاه المقصود بها التملیک، وهذا من الوضوح بمکان، إذْ لا یعقل - مع فرضه فی المقصود بها الإباحه - القول بإفادتها للملکیّه اللّازمه، والقول بأنها بیع فاسد. فمحلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التملیک، وحینئذٍ، یقع الإشکال فی أنه مع قصدهما التملیک، کیف ذهب المشهور إلی إفادتها الإباحه المالکیّه؟

ص:۱۴۵

رأی المحقق الثانی فی تحریر محلّ النزاع

وقد اختلفت الکلمات فی توجیه فتوی المشهور:

قوله:

نزّل المحقّق الکرکی الإباحه فی کلامهم علی الملک الجائز المتزلزل، وأنّه یلزم بـذهاب إحدی العینین، وحقّق ذلک فی شـرحه علی القواعد وتعلیقه علی الإرشاد بما لا مزید علیه.

أقول:

هـذا الـذی ذکره جامع المقاصد (۱) متین فی نفسه، فـإن الملکیّه المقصوده تقع لکنّهـا بنظر الشـارع غیر لاـزمه مـادامت العینـان باقیتین، کما یقصـد المتبایعان الملکیه منجّزهً، والشارع لا یحکم بلزومها بل یقول: «البیّعان بالخیار ما لم یفترقا فإذا افترقا فلا خیار بعد الرّضا منهما» (۲).

ومحصّـِل کلاـمه رحمه اللّه: إن المعاطـاه فی کلمـات الفقهـاء هی المقصود بهـا البیع، ولولاـ ذلک لم یجوّزوا التصـرّف مع أنهم قـائلون بجوازه، وعلیه، فهم یریـدون من «الإباحه» معنیً آخر غیر المعنی المطابقی لهـذه الکلمه. هـذا من جهه. ومن جههٍ أخری: یقولون بأنها تفید الملکیّه بمجرّد تلف إحدی العینین، مع أنّ التلف لیس من الأسـباب المملّکه، فمرادهم من الإباحه هی الملکیّه من أوّل الأـمر. ومن جهه ثـالثه: إلاباحه المقوله هنا فی جواز التصـرّف الـذی هو من آثار الملکیّه، ولو نفی الملکیّه انتفی لازمها، وهو الإباحه

۱- ۱) جامع المقاصد فی شرح القواعد ۴ / ۵۸ وانظر تعلیقه الإرشاد: ۳۳۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸ / ۶، الباب ۱ من أبواب الخیار، الرقم: ۳.

وجواز التصرّف.

وبهـذه الجهات الثلاثه يقول المحقق الثانی: إنّ المراد من الإباحه لیس بالمعنی المصـطلح بل هو الملکیّه المتزلزله، وهـذا التزلزل عنه فی الخیـارات، إذ هنـاک یفسـخ العقـد وهو هنا جواز الترادّ، وجوازه موقوف علی بقاء العینین، فإذا ذهب إحـداهما اسـتحال الترادّ، وسقط الجواز لعدم موضوعه وتستقرّ الملکیّه.

وقد عثرنا علی قائل بهذا قبله، وهو العلّامه فی التحریر حیث قال:

«الأقوی أن المعاطاه غیر لازمه، لکلٍّ منهما فسخ المعاوضه مادامت العین باقیه» (۱).

لکنّ نسبه هـذا القول إلی المشـهور بعیـده، إذ لا ـ وجه للتعبیر عن الملـک المتزلزل بالإبـاحه مع وضوح التقابـل بین مفهومیهمـا. وأیضاً: فإنّهم لم یعبّروا بالإباحه فی موارد الملکیّه المتزلزله، فلا یقولون بالإباحه فی مـدّه الخیار فی بیع الحیوان، وما لم یفترقا فی خیار المجلس، مع ثبوت الملکیّه المتزلزله هناک، وإذْ لا خصوصـیّه للمقام تقتضـی التعبیر فیه بالإباحه، وعدم تعبیرهم بذلک فی موارد الملکیّه المتزلزله، یظهر أنْ لیس مقصودهم من «الإباحه» الملکیّه المتزلزله(۱).

۱- ۱) تحریر الأحکام ۲ / ۲۷۵.

رأی صاحب الجواهر

قوله:

لکنّ بعض المعاصرین لمّا استبعد هـذا الوجه، التجأ إلی جعل محلّ النزاع هی المعاطاه المقصود بها مجرّد الإباحه، ورجّح بقاء الإبـاحه فی کلامهم علی ظاهرها المقابل للملک، ونزّل مورد حکم قـدماء الأصحاب بالإباحه علی هـذا الوجه، وطعن علی من جعل محلّ النزاع فی المعاطاه بقصد التملیک قائلاً: إنّ القول بالإباحه الخالیه عن الملک مع قصد الملک، ممّا لا ینسب إلی أصاغر الطلبه فضلاً عن أعاظم الأصحاب وکبرائهم.

أقول:

مراده من «بعض المعاصرین» هو صاحب الجواهر قدّس سرّه، وهـذا الـذی ذکره عنه أبعد ممّا قال المحقق الکرکی، إذ کیف تکون المعاطاه المقصود بها الإباحه هی محلّ النزاع بین الفقهاء، مع قول بعضهم بإفادتها الملک اللّازم، وقول آخر بأنّها بیع فاسد!

ص:۱۴۹

لكنّ المستفاد من كلام صاحب الجواهر - بل الظّاهر - غير هذا الذى نسب إليه الشيخ، بل فى الجواهر: إن القول بإفاده المعاطاه المقصود بها التمليك للإباحه لا ينسب إلى أصاغر الطلبه فضلاً عن أعاظم الأصحاب وكبرائهم، فهو ينسب إلى المشهور القول بفساد هذه المعامله، لاشتراطهم الإيجاب والقبول اللّفظيين، ثم يستدرك قائلاً: بأنّ كلماتهم - بل كلمات غيرهم أيضاً - لا تأبى عن إفاده الإباحه حينئذٍ، بأنْ تكون هذه المعاطاه مؤثّرةً فى إباحه كلٍّ منهما التصرّف للآخر فى ماله على جهه المعاوضه... وأين هذا من جعل محلّ النزاع بينهم المعاطاه المقصوده بها مجرّد الإباحه كما نسب إليه الشيخ؟(١)

ص:١٥٠

رأى الشيخ الأنصارى

قوله:

والإنصاف: إنّ ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الإباحه بالملك المتزلزل، بعيد فى الغايه عن مساق كلمات الأصحاب... إلّاأن جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحه دون التمليک أبعد منه، بل لا يكاد يوجد فى كلامهم أحدٍ منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى... .

والذى يقوى فى النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم يحكمون بالإباحه المجرّده عن الملک فى المعاطاه مع فرض قصد المتعاطيين التمليک، وأنّ الإباحه لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت - كما اعترف به فى المسالک - من استلزام إعطاء كلٍّ منهما سلعته مسلّطاً عليها الإذن فى التصرف فيه بوجوه التصرّفات.

فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدّم فى عبارته المتقدّمه، وحاصله: إن المقصود هو الملک، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحه التصرّف... .

أقول:

منشأ هذا الإشكال - بعد أنْ كان محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التمليک - هو منافاه قول المشهور بالإباحه لقاعدتى: «العقود تابعه للقصود» و«عدم جواز وقوع ما لم يقصد وقصد ما لم يقع»، لأنّ العقد معاهده وتقرير أمرٍ بين الطّرفين، فإذا لم يتبع العقد القصد لزم الخلف، فقاعده تبعيّه العقود للقصود أمر بيّن، لأنّ الإنسان إنّما يعاهد على ما هو المقصود له، وكذا المعنى فى القاعده الأخرى، إذ ليس المراد من «وقع» هو الأمر الواقع منسوباً إلى المتعامل، بل المراد أن يقع منه ما يقصده، والإنسان لا يقع منه ما لم يقصده،

لكون الإيقاع تابعاً للقصد، فيمتنع أنْ يقع منه أمر غير مقصودٍ له، فإذا كان غير مقصود فهو غير واقع منه.

هـذا هو منشأ الإشكال، وهو لا ـ يرتفع لا ـ بمـا ذكره المحقق الكركى، لأنّه بعيـد عن ظواهر كلماتهم، ولا بما ينسب إلى صاحب الجواهر، ولا بما ذهب إليه المحقق الخراسانى.

رأى المحقق الخراسانى

فـإنه ذكر - بلحاظ القاعـدتين المـذكورتين - أنّ محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها الملكيّه، لكنّ الشارع لا يقول بأن الملكيّه غير حاصـله ليلزم تخلّف مـا وقع عمّـا قصـد، وإنّمـا يقـول بحصولهـا بشـرط التصـرّف، نظير حكمه فى بيع السّـلم، حيث يقصـد المتعاملان حصول الملكيّه فى آن العقـد، إلّاأن الشارع لا يعتبر ملكيّه الكلّى المبيع إلّابعد قبض الثمن، وفى بيع الصـرّف يقصدان حصول الملكيّه فى الحـال، إلّاأن الشـارع لا يعتبرها إلّابعـد قبض الثمن والمثمن، وفى المقام: لا يُنفى اعتبار الشارع للملكيّه حتى يلزم الخلف، بل يقال بكون اعتباره مشروطاً بالتصرّف، وما لم يتصرف فالإباحه الضمنيه ثابته.

هذا كلام المحقق الخراسانى قدّس سرّه(١)، والفرق بينه وبين كلاـم المحقق الكركى فى حصول الملكيّه فى حين المعاطاه لكن متزلزلهً، وفى حصولها بشرط تحقق شرطها وهو التصرّف. وفيه:

ص:١٥٢

أوّلاً: إنّ الفقهاء القائلين بالإباحه لا يريـدون الإباحه الضـمنيّه، لأنّ هـذه الإباحه هى الرضا بالتصـرّف فى ضـمن الملكيه الحاصـله بالنسبه إلى مال المعطى له لا مال المعطى نفسه، والرّضا بالتصرّف فى مال المعطى له لا أثر له فى حصول الإباحه.

وثانياً: إنّ هذا الذى ذكره لم يقل به أحد.

وثالثاً: - وهو الأهمّ - إنه لا دليل عليه.

التحقيق فى المقام

لكنّ الذى أوقعهم فى هذا الإشكال وكثر فيه القيل والقال، هو: جعل «الإباحه» فى كلام المشـهور إباحةً مالكيّةً، فإنّها التى تنافى القاعدتين... فإذا جعلناها شرعيّه ارتفع الإشكال... وبيان ذلك:

إن الملكيّه أمر اعتبـارى، والإعتبـار زمـامه بيـد من له الإعتبـار، والأمر الاعتبارى ليس له وجود خارجى، وإنما قيامه بنفس المعتبر الـذى له أهليّه ذلـك. ثم الملكيّه إمّـا عقلائيّه وهى اعتبـار عقلائى، وإمّـا شـرعيّه وهى اعتبار شـرعى، وهما ربما يتطابقان وربما يتخالفان.

والبيع المفيد للملكيّه الشرعيّه اشترط فيه شروط منها الإيجاب والقبول اللّفظيّان، ولذا جاء عنوان «المعاطاه» فى الكتب الفقهيّه بعد الفراغ عن أحكام العقد اللّفظى، بلحاظ أنها فاقده للصّيغه، فيقولون هل تفيد الإباحه أو الملكيّه؟

والمشـهور - لاشتراطهم الصّـيغه اللفظّيه - يقولون بأنّ الملكيّه الشـرعيّه لا تحصل بالمعاطاه، أى إن الاعتبار الشرعى الموجود فى البيع بالصّيغه، غير موجود فى المعاطاه، كما هو غير موجود فى الصّيغه الفاقده لبعض

الشرائط المعتبره.

فهم يقولون فى المعاطاه المتداوله بين الناس التى تقع بينهم بقصد التمليک بأنّ هذا الفعل لا يفيد الملكيه الشرعيه عند الشارع - لاشتراطه الإيجاب والقبول اللّفظيين فى البيع - فليس له هنا اعتبار على طبق الاعتبار العقلائى، لكن له اعتبار الإباحه فى التصرّف، فهنا إباحه شرعيّه لا مالكيّه حتى يقال: بأنّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، فيضطّر إلى حمل كلامهم على ما لا وجه لحمله عليه.

والدّليل على هذه الإباحه الشرعيّه هو: أنّه فى البيع الفاسد - كالبيع الغررى مثلاً - يقولون بعدم حصول الملكيه وبعدم جواز التصرف فى العوضين، والوجه فى الحكم بعدم جواز التصرف فيهما هو أنّ التسليم والتسلّم الحاصلين بعد العقد إنّما حصلا من باب ترتيب الأثر عليه، فالبائع يسلّم المبيع إلى المشترى لكونه - أى المشترى - مالكاً له، فإذا تبيّن فساد العقد عند الشارع، ظهر أنّ المبيع لم يكن ملكاً للغير، فلا موضوع لهذا التسليم وجواز تصرّف المشترى فيه.

أمّا فى المعاطاه، فالمال ملک للمعطى، يعطيه للغير بطيب نفسه وبقصد التمليک، فإذا تبيّن فساد المعامله - لكونها فاقدةً للصّيغه - وعلم أن الشارع لا يرتّب على هذا الإعطاء أثر البيع، لم يكن مانع من الترخيص الشرعى فى التصرّف فيه، لأنّ المفروض كونه مسلِّطاً للغير على ملک نفسه بطيب نفسه، وأنّ هذا المعنى باقٍ بعد حكم الشارع بعدم الملكيّه، فيحكم الشارع بالإباحه، لتحقق موضوع حكمه وهو الرّضا من المالک بتصرف الغير فى ملكه.

فإنْ قلت: فِلمَ لا تأتى هذه الإباحه الشرعيّه فى البيع الفاسد.

قلت: قد ذكرنا أنه فى البيع الفاسد إنما يعطى المال للمشترى بعنوان

کونه ملکاً للمشتری، فإذا أبطل الشارع البیع لم یبق موضوع للإعطاء ثم تصرّف المشتری، بخلاف الحال فی المعاطاه، فإنه یعطی ملکه للطرف الآخر بقصد التملیک، فإذا لم یرتّب الشارع آثار التملیک علی هذا الإعطاء، لم یکن مانع من أنْ یبیح للآخر التصرف فیه، لأنّ المفروض رضا المالک بهذا التصرف. فما قصد لم یقع لعدم شرعیته، وما وقع وهو الإباحه الشرعیّه لم یقصد، لکن قصد - بإعطائه ماله الغیر - إدخاله فی حیّز تصرّف الغیر وجعله تحت یده، فیجوز له التصرّف بحکم الشارع.

وعلی الجمله: نقول: مراد المشهور من «الإباحه» فی المعاطاه المتداوله المقصود بها التملیک هی الإباحه الشّرعیّه، بمعنی أن شرط حصول الملکیّه شرعاً فی البیع کونه بالصّیغه اللّفظیّه، فإذا فقدت لم یعتبر الشّارع الملکیّه، لکن یتعبّدنا بالإباحه، لأن من یدخل ماله تحت ید الغیر بطیب نفسه بقصد الملکیّه، قد رفع یده عن ملکه، وإذا حکم الشارع بعدم حصول الملک حکم بالإباحه، لأن المال یحلّ للغیر بطیب نفس مالکه.

ولا یرد علیه النقض بعدم جواز التصرف فی البیع الفاسد.

لأنّ الرّضا المقوّم للبیع لم یمضَ شرعاً، ولا رضا آخر غیره، فلا یجوز التصرف.

ولا یقال: فقد سلّم ماله للطرف الآخر.

لأنه إنّما سلّمه إیّاه بعنوان کونه مالکاً للغیر، وفی المعاطاه یسلّمه حالکونه ملکاً لنفسه بطیب نفسه، وطیب النفس هو الملاک لجواز التصرّف شرعاً.

فهذا هو التحقیق فی بیان مذهب المشهور، ویمکن استفادته من کلامٍ للشیخ فی المبسوط - وإنْ حمله الأعاظم علی معنیً آخر - وهذه عبارته بعد

بيان اشتراط الإيجاب والقبول:

«وكلّ ما جرى بين الناس إنما هى استباحات وتراض، دون أنْ يكون ذلك بيعاً منعقداً، مثل أن يعطى درهماً للخبّاز فيعطيه خبزاً أو قطعةً للبقليّ فيناوله البقل، وما أشبه ذلك. ولو أنّ كلّاً منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقد صحيحٍ هو بيع» (۱) واللّه العالم.

وعلى الجمله، فإن محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التمليک، وأنّ المراد من الإباحه هى الإباحه الشرعيّه.

وبما ذكرنا ظهر النظر فى كلمات الأعلام.

قوله:

لكنّ الإنصاف: أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم، فإنّ هذه الأمور لا استبعاد فى التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكيّه ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحّه التصرّفات المذكوره...

أقول:

يعنى: إن التزام الفقهاء بالملكيّه آناًمّا فى التصرفات المتوقفه على الملك فى المأخوذ بالمعاطاه، أهون من حمل كلماتهم على الملكيّه المتزلزله، فله أن يبيع ما يأخذه بالمعاطاه مع أنه لا بيع إلّافى ملك، وأنْ يوقفه مع أنه لا وقف إلّافى ملك، وأن يطأ الجاريه مع أن الوطىء لا يكون إلّافى ملك، وهكذا. وبالجمله، فإنه مع الشک فى سببيّه المعاطاه للتصرّفات، فإن الأصل هو العدم، لكنّ الدليل من الإجماع والسّيره يقتضى جوازها، فيلتزم بحصول الملكيّه فى آن التصرّف الملكى.

ص:۱۵۶

۱- ۱) المبسوط فى فقه الإماميّه ۲ / ۸۷ .

لكنْ، إذا قام الدّليل على جواز التصرف مطلقاً، فإنّه سيكون رافعاً للشك ويقتضى القول بالملكيه من أوّل الأمر، على أنّ الالتزام بالملكيّه فى آن التصرّف وإنْ أمكن فى مثل وطىء الجاريه، لأنّ المحرَّم هو الوطى فى غير الملك ولا يشترط تقدُّم الملكيّه على الوطىء، إلّاأنّه فى مثل البيع غير صحيح، لأن البيع تمليك الغير، فآن البيع آن ملكيّه الغير - لأنّ التمليك والملكيّه واحد فى الحقيقه - فإذا كان مالكاً للشىء فى هذا الآن لزم اجتماع الضدّين، وكذا فى الوقف، لأن حقيقته الإخراج من الملك، فإذا قلنا بالملكيّه فى آن الوقف لزم اجتماع الضدّين كذلك، فالصحيح هو القول بالملكيّه من أوّل الأمر بمقتضى الدليل.

نعم، يمكن تصوير الملكيّه آناًمّا بأنْ يجعل آن الإيجاب غير آن القبول، فيكون الشىء فى آن الإيجاب ملكاً للبائع وفى آن القبول ملكاً للمشترى، وكذا فى الوقف... إلّاأنه لا حاجه إلى هذا التكلّف بل التعسّف مع وجود الدليل.

هل المعاطاه على القول بالإباحه بيع؟

قوله:

ثم إنّ المعروف بين المتأخّرين: إن من قال بالإباحه المجرّده فى المعاطاه قال بأنها ليست بيعاً حقيقةً، كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدّمه ومعقد إجماع الغنيه.

وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقق الثانى من إراده نفى اللّزوم. وكلاهما خلاف الظاهر. ويدفع الثانى تصريح بعضهم بأنّ شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار... وأمّا الأوّل... .

ص:۱۵۷

أقول:

كان الأولى أن يدفع الأوّل: بأن الملكيه ليس لها واقعيّه، وإنما هى أمر اعتبارى، وكلّ أمر اعتبارى فقوامه بنفس المعتبر ولا وجود له إلّافى عالم الاعتبار، وإذا كان البيع موضوعاً فى الأمر الاعتبارى كانت المعاطاه المفيده لهذا الأمر الاعتبارى بيعاً كذلك، غير أن الشّارع إذا اعتبر العقد اللّفظى، كانت النتيجه أنه بيع فاسد لا أنه ليس ببيع.

وأمّا دفعه توجيه المحقق الثانى بما ذكره، فعجيب، لأنه يقول فى التنبيه السادس - كما سيأتى - بأنّ عنوان جواز الترادّ الثابت فى المعاطاه غير عنوان الفسخ الثابت فى سائر الموارد، بل هو نظير الرجوع فى الهبه. وعليه، فالبيع المعاطاتى هنا متحقّق، لكن الترادّ جائز.

وأيضاً، فإن صريح المحقق الثانى أنه يجوز التراد فى المعاطاه مادام ممكناً، فإذا تلفت إحدى العينين امتنع الترادّ ويكون لازماً. فمراده من اللّزوم جواز التراد ومن عدم اللزوم عدم جوازه.

فما ذكره غير دافع لكلام المحقق الثانى، لأن الذى فيه هو التراد لا الفسخ، والشيخ نفسه قال بذلك فى التنبيه السادس، فالتراد جائز مع عدم الخيار.

ص:١٥٨

الأقوال فی المعاطاه

اشاره

إذا عرفت ما ذكرنا، فالأقوال فی المعاطاه علی ما يساعده ظواهر كلماتهم ستّه:

اللّزوم مطلقاً... واللّزوم بشرط كون الدالّ علی التراضی أو المعامله لفظاً...

والملک غير اللّازم... وعدم الملک مع إباحه جميع التصرّفات حتّی المتوقفه علی الملک... وإباحه ما لا يتوقّف علی الملک... والقول بعدم إباحه التصرّف مطلقاً.

أقول:

قد اختار القول الأوّل من المتأخّرين: الفيض الكاشانی والمحقّق الأردبيلی فی مجمع الفائده، وقد ذكر شيخنا الجدّ قدّس سرّه قولهما بالتفصيل، وأجاد فيما أفاد (۱).

وتأمّله بالنسبه إلی القول الثانی فی محلّه، لأنّ اشتراط ذلک عباره اخری عن عدم سببيّه المعاطاه للملكيّه.

والقول السادس هو أنّ المعاطاه لغو، وكأنّ القائل به يريد أنها وإنْ كانت بيعاً عند العرف وتفيد الملكيّه فی اعتبارهم، لكنّها فی اعتبار الشارع لا تفيد الملكيّه ولا الإباحه، فلا يترتب عليها أیّ أثر بل هی بيع فاسد، وهذا علی القول بأنّ الملكيّه أمر اعتباری واضح، لأنَّ جواز التّصرّف الذی يكون التمليک مقوّماً له قد زال بعدم إمضاء التمليک، ولا وجه غيره لجواز التصرف، وأمّا علی مسلک الشيخ - من أنه ليس للشارع اعتبار فی مقابل اعتبار العقلاء، بل الملكيّه حقيقه واحده ونظر الشارع والعرف طريق إليها، ففی كلّ موردٍ وقع الخلاف بينهما، فإنه يخطّأ العرف والعقلاء - فلا مانع من

۱- ۱) غايه الآمال فی شرح المكاسب ۱ / ۱۷۸.

أن تكون المعاطاه - لا سيّما فی حالكون الطرفين عالمين بعدم المؤثريّه شرعاً - مفيدةً للإباحه المالكيّه(١).

المختار: حصول الملک

قوله:

وذهب جماعه - تبعاً للمحقق الثانی - إلى حصول الملک، ولا يخلو عن قوّه.

للسّيره المستمرّه على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملک فی التصرّف فيه... .

الاستدلال بالسيره

اشاره

أقول:

والاستدلال بالسّيره للقول بحصول الملک بالمعاطاه والتصرّف فی المأخوذ بها بالعتق والبيع والوطیء وغير ذلک من آثار الملک، يكون على نحوين:

سيره المتشرّعه بما هم متشرّعه، فإن المرتكز فی أذهانهم وعملهم على طبقه، يكشف عن تلقّيهم ذلک من الشارع، نظير الإجماع الكاشف عن رأی المعصوم، فإنْ حصلنا فی المسأله على مثل هذه السّيره من أهل الشرع، الملتزمين به فی أفعالهم وتروكهم، كانت كاشفةً، ولا مجال لاحتمال كونها

ناشئه عن المسامحه وقلّه المبالاه فی الدين(۱).

إلّا أن الكلام فی المقام فی الصغری(۲).

وسیره العقلاء، ولا ریب فی قیامها فی ما نحن فیه، فإنّ بناءهم قبل الشرع وإلی الآن، علی المعامله مع المأخوذ بالمعاطاه معامله الملک، ولو لم تکن هذه السّیره مرضیّهً عند الشارع لردع عنها، لأن عدم الرّدع یکشف عن الرّضا بها ومطابقتها لغرضه، وإلّا یلزم نقض الغرض، نظیر ما تقرّر فی حجیّه الظواهر.

وعلی الجمله، فإن العقلاء یتصرّفون التصرفات المتوقفه علی الملک فی المأخوذ بالمعاطاه المقصود بها التملیک، مضموناً بالثمن المسمّی - لا بالمثل والقیمه - ولیس ذلک إلّامن جهه کونها بیعاً صحیحاً مملّکاً، والشارع کان یری هذه السیره ولم یردع عنها، فهی بیع مملّک. هذا.

ص:۱۶۱

ولا يتوهّم: أن ما دلّ على أنْ لا بيع أو وقف أو وطى إلّافى ملك، رادع عن هذه السّيره.

لأنّ تلك الأدلّه متأخره فى الرتبه، لأنها دلّت على المنع من تلك التصرّفات إلّافى الملك، والسّيره أفادت بأن هذا ملك، فليسا فى مرتبه واحده حتّى تتحقّق الرادعيّه.

نعم، لو قام الدليل على عدم جواز التصرفات الملكيّه فى المأخوذ بالمعاطاه، كأنْ يدلّ على أنْ المأخوذ بها لا يباع، أو قام على اعتبار الإيجاب والقبول اللّفظين فى حصول الملك، بأنْ يدلّ على أنْ لا بيع إلّا بالإيجاب والقبول، لكان رادعاً عن السيره، لكنّ المفروض عدم وجود دليل كذلك.

وهل يصلح دليل الاستصحاب بعمومه للرادعيّه عن السّيره المذكوره، إذ مع الشك فى إفاده المعاطاه للملكيّه عند الشارع، نستصحب عدمها ويكون رادعاً عنها وتسقط بذلك عن الكاشفيّه؟

وكذلك الكلام فى مبحث خبر الواحد، لأنّ من أدلّه حجيّته سيره العقلاء، وحجيّتها منوطه بعدم الردع، وقوله تعالى: «إِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِى مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً» رادع، فتسقط السيره عن الدليليّه.

وهكذا فى مبحث الإستصحاب، حيث يستدلّ له بالسّيره العقلائيّه، فإنّه يمكن القول برادعيّه الأدلّه الناهيه عن اتّباع الظن عن الأخذ بالحاله السابقه.

والتّحقيق: عدم الرادعيّه فى الموارد المذكوره وتماميّه الاستدلال بالسّيره، لما أفاد المحقق الخراسانى فى الجواب (١) - وإنْ كان بين ما ذكره فى مسأله خبر الواحد ومسأله الاستصحاب، فرق - من أنّ جريان قوله عليه

١- ١) كفايه الاصول: ٣٠٣.

السـلام: «لا تنقض اليقين بالشک» يتوقف على أنْ لا تكون السّيره العمليّه القائمه على مملكيّه المعاطاه ممضاةً شرعاً، وكونها غير ممضاه من الشارع يتوقف على جريان «لا تنقض»، وهذا دور، فالرادعيّه ممتنعه.

فإنْ قلت: كون السّـيره ممضاةً موقوف على عـدم الرادع، وعـدمه موقوف على عـدم جريان الإستصـحاب، وعـدم جريانه موقوف على وجود السّيره الممضاه، وهذا دور كذلك.

قلت: كون السّـيره ممضاةً، غير موقوف على عـدم جريان الاستصـحاب، بل هو موقوف على عـدم إحراز جريانه، لأن عدم إحراز الرادع كافٍ فی الإمضاء، لكنّ جريان الإستصـحاب لا يكفی فيه عدم إحراز الموضوع وهو الشک، وإحرازه منوط بكون السـيره ممضاه، فيلزم الدور هناک ولا يلزم هنا.

وهذا جواب علمی دقيق.

ولكنّ الأدق والأمتن منه هو: إنّ قوله عليه السّـلام: «لا تنقض اليقين بالشک» من الظواهر، وحجيّه الظواهر ثابته بالسـيره العقلائيّه، فلا مـدرک لحجّيه دليل الإستصـحاب إلّاالسّـيره، بخلاف المقام، حيث يوجـد الدليل غير السـيّره أيضاً، وكذا فی باب حجّيه خبر الواحـد. وإذا كـانت السّـيره القـائمه على حجيّه الظواهر ممضـاه، فالقـائمه على المعاطاه ممضاه كـذلک، إلّاأنّ هـذه حاكمه على تلک(١).

ص:١۶٣

وتلخّص: تماميّه الاستدلال بالسيره العقلائيّه(۱).

قوله:

ویـدلّ علیه أیضاً: عموم قوله تعالی: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» ... بل قد یقال: بأنّ الآیه دالّه عرفاً بالمطابقه علی صـحّه البیع لا مجرّد الحکم التکلیفی، لکنّه محلّ تأمّل... .

الاستدلال بقوله تعالی: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ»

أقول:

بعد أنْ ثبت أن المعاطاه بیع، وأنّ إنکار کونها بیعاً مکابره، فإنها تکون

صغری لکبری قوله تعالی «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» ، و«الحلیّه» هـذه بمعنی الترخیص، وفی مقابلها الحرمه وهی المنع وعدم الرّخصه، وهی الحلیّه التکلیفیه، والبیع عباره عن: إنشاء تملیک عینٍ بمال، کما تقدَّم، فیکون معنی الآیه: أحلّ اللّه التصـرّفات المترتّبه علی البیع، فیعمّ المتوقفه علی الملک، وتدلُّ بالإلتزام علی أنّ البیع یوجب التملیک، لأن تحلیل التصـرّفات مستلزم لأن یکون بیعاً والمعاطاه بیع، فهی تفید التملیک من أوّل الأمر.

والحاصل: إنّه لمّا کانت الحلیّه تکلیفیّه وهی لا تتعلّق بالبیع، فلابـدّ من تقـدیر «التصـرف»، فـدلّت الآیه علی أنّ التملیک المالکی ووجود الملکیه مرخّص فیه شرعاً. هذا تقریب الاستدلال بناءً علی ما استظهره الشّیخ منها، وإنْ قال بالتالی:

فالأولی حینئذٍ التمسّک فی المطلب بأنّ المتبادر عرفاً من حلّ البیع صحّته شرعاً.

لکنْ لقائل أن یقول بعدم وفاء الاستدلال علی ما ذکر بالمدّعی، لأنّ غایه ما تدل علیه الآیه هو الترخیص فی البیع، فمن أین یثبت الإطلاـق فی الـبیع لیعمّ المعاطـاه، وهو متوقّف علی کون الآـیه فی مقـام بیـان الحکم الفعلی، وإذا کـانت فی مقـام التشـریع فهی مجمله، والقدر المتیقّن ما کان بالصّیغه؟

ویمکن الجواب: بـأنّ الظهور الأـوّلی للقضایـا المتعلّقه بالأحکـام فی الکتـاب والسـنّه، أنْ تکون لبیان الحکم الفعلی، إلّاإذا قامت القرینه علی کونها للحکم للتشریعی، وعلی هذا الظهور تتحکّم أصاله الإطلاق.

هذا أوّلاً.

وثانیاً: اسـتدلال الإمام علیه الصّـلاه والسّـلام - فیما رواه الصّدوق والشیخ - بالآیه المبارکه، یفید ظهورها فی الحکم الفعلی، فعن عمر بن یزید

بيّاع السّابرى قال:

«قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام: جعلت فداك، إن الناس زعموا أن الربح على المضطّر حرام.

فقال: هل رأيت أحداً اشترى - غنيّاً أو فقيراً - إلّامن ضروره؟

يا عمر، قد أحلّ اللّه البيع وحرّم الربا، فاربح ولا ترب.

فقلت: وما الرّبا؟

قال: دراهم بدراهم، مثلين بمثل، وحنطه بحنطه مثلين بمثل» (۱).

أقول: لكنّ الأولى فى وجه الاستدلال أن يقال: إنّ الحليّه إمّا تكليفيّه بمعنى الرخصه والجواز، وإمّا وضعيّه بمعنى النفوذ وأن الشارع قد اعتبر أنّ البيع قد وقع فى محلّه. والمراد من البيع: إمّا هو المبدء الذى يسند إلى الفاعل فى باع يبيع، وإمّا التمليك الإنشائى، وبناءً على تعريف الشيخ: إنشاء تمليك عين بمالٍ.

فالوجوه أربعه.

فإنْ كانت الحليّه تكليفيّةً والمراد من البيع مبدء المشتقات، أى: البيع المسبّب والملكيّه الحاصله، كان المراد ترخيص المسبّب وجوازه، وإنْ كان بما هو مسبّب غير مقدور بنفسه بل هو مقدور بالواسطه، ومعنى هذا الترخيص هو الوقوع، وذلك يرادف الصحّه، إذ الفساد معناه عدم الوقوع، فلو كان مما لا يقع لم يكن معنى لتجويزه والترخيص فيه.

وإن كانت الحليّه تكليفيّه والمراد من البيع هو التمليك الإنشائى، فقد دلّ بالالتزام على مؤثّريه إنشاء التمليك فى الملكيّه، وإلّا لزم تجويز أمرٍ لغو.

۱- ۱) تهذيب الاحكام ۷ / ۱۸، الباب ۱ من أبواب التجارات، الرقم ۷۸ ونحوه فى وسائل الشيعه ۱۸ / ۱۳۳، الباب ۶ من أبواب الربا، الرقم: ۲.

وتلخّص: إنّ الآيه الكريمه تدلّ - بناءً على الحليّه التكليفيّه - على إفاده المعاطاه للملكيّه، إمّا مطابقةً كما فى الوجه الأول، وإمّا التزاماً كما فى الوجه الثانى.

وإنْ كانت الحليّه وضعيّه، والمراد من البيع هو المسبب، فالآيه تدلّ بالمطابقه على اعتبار الشارع الملكيّه فى المعاطاه بعد الفراغ عن كونها بيعاً.

وإن كانت الحليّه وضعيّه، والمراد من البيع هو السبب - أى التمليك الإنشائى فإنّ حليّه البيع وضعاً ليس إلّااعتبار المؤثّريه، وهى ليست إلّا الملكيّه.

فالآيه دالّه على المدّعى بالوجوه الأربعه كلّها.

وأمّا دعوى الإجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاه بيعاً - كابن زهره فى الغنيه - فقد أجاب الشيخ بما حاصله: إنهم لا ينفون أصل بيعيّه المعاطاه، فهى عندهم بيع لكنه ليس ببيع صحيح شرعى، إلّاأن لفظ البيع حقيقه فى الأعمّ من الصّحيح والفاسد، فمرادهم - لا محاله - هو المعامله اللّازمه التى هى احدى العقود، قال الشيخ: ولذا صرّح فى الغنيه بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحه البيع. ودعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها(١).

ص:١٦٨

الاستدلال بقوله تعالى: «إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً...»

قوله:

ومما ذكر يظهر وجه التمسّك بقوله تعالى: «إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» .

أقول:

الظاهر من «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» أنها استعاره تخييليّه، فشبّه المال بالطعام وذكر لازم المشبّه به وهو الأكل، والمراد منه - ظاهراً - هو

الاتّخاذ للنفس، والباطل ما يقابل الحق، «إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» إذ التجاره عن تراض حق، والاستثناء متصّل ولا محذور من جعله منقطعاً.

والتجاره - كما قال الراغب - «... طلباً للربح».

فالآيه المباركه دالّه بالمطابقه على مملكيّه المعاطاه، لكونها تجارةً بلا ريب، إذ التاجر يجعل رأس ماله فى مجرى الاسترباح، فكلّ معاطاه تجاره، والأكل التجارى مرخّص فيه، فالأكل المعاطاتى مرخّص فيه.

وإنْ كان «الأكل» بمعنى التصرّف، دلّت الآيه على جواز مطلق التصرّفات، وإذا كان منها التصرّفات المتوقفه على الملك، فهى دالّه بالالتزام على مملّكيّه المعاطاه(١).

ص:١٧٢

الاستدلال بحديث السّلطنه

اشاره

قوله:

وأمّا قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: النّاس مسلّطون على أموالهم، فلا دلاله فيه على المدّعى، لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنه، فهو إنّما يجدى فيما إذا شك فى أن هذا النوع من السّلطنه ثابته للمالك وماضيه شرعاً فى حقّه أمْ لا؟... أمّا إذا...

شك فى أنّ هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرّد التعاطى مع القصد، أمْ لابدّ من القول الدالّ عليه، فلا... .

أقول:

وحاصل إشكاله: أن الحديث مسوق بإطلاقه لتشريع أنواع السّلطنه لا لدفع شرطيّه شىء يشك فى دخله فى تأثير نوع من أنواعها، فمع الشكّ فى

ص:۱۷۴

شرطیّه الإیجاب والقبول اللّفظیین فی ترتّب الأثر علی البیع، لا یجوز التمسّک به لرفع الشرط حتی تثبت سببیّه المعاطاه للتملیک.

وأشکل المحقق الخراسانی بوجهٍ آخر، فقال: وهذا فی الحقیقه ردّ للاستدلال بالحدیث لإفاده المعاطاه الملک، و ردّ علی الشیخ فی تجویزه التمسّک به لو شکّ فی مشروعیّه نوع من أنواع السّلطنه (۱).

وأشکل المحقق الرّشتی - علی ما نقل عنه مقرّره الفاضل الإشکوری - بأنّ مقتضی الجمود علی الظاهر هو التسلّط علی التصرّف فی موضوع المال، وإخراج المال عن الملکیّه والمالیّه الثابته للمالک لیس تصرّفاً فی المال (۲).

وحاصله: إنه مع التصرّف التملیکی وإیجاد الملکیّه للغیر علی ماله یکون الشیء ملکاً للغیر، ولا یعقل أن یکون باقیاً علی ملکه، فلا یشمل الحدیث هذا التصرّف، خلافاً للشّیخ.

ولبعض الأکابر إشکال آخر وهو: إن الملکیّه علّه للسّلطنه، فإذا کانت السّلطنه علّهً لزوال الملکیّه، لزم علیّه الشیء لعدم نفسه بالأخره، وهو محال (۳).

والتحقیق: صحّه التمسّک بالحدیث، وذلک: لأن التسلّط عباره عن التمکّن عن قهر - کما فی المفردات ومجمع البحرین - (۴)، فالسّلطنه هی القاهریّه، وکون الناس مسلَّطین علی أموالهم معناه: أن زمام أمور أموالهم

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۱۲.

۲- ۲) بغیه الطالب ۱ / ۵۶.

۳- ۳) حاشیه المکاسب للمحقق الإصفهانی ۱ / ۱۱۱.

۴- ۴) المفردات فی غریب القرآن: ۲۳۸، مجمع البحرین ۴ / ۲۵۵.

بأيديهم، ولا دخل لإراده أحدٍ فى ذلك، حتى لو كان للمسلَّط عليه إراده أيضاً، كانت إرادته مندكّه. هذا أوّلاً.

وثانياً: إن عنوان القاهريّه من الأمور الوضعيّه، والحديث فى مقام جعله، لأنّ الظاهر فى الخطابات الشرعيّه أن تكون تشريعيّه لا إخباريه، فالحديث مسوق لجعل هذا الأمر الوضعى.

وثالثاً: إنّ من آثار قاهريّته للمال أن يكون له نقله من وعاءٍ إلى وعاء آخر مع حفظ ماليّته، ولازم انتقال الشيء من محلٍّ إلى آخر عدمه فى المحلّ الأوّل، وحينئذٍ، فإن الأمر العدمى غير متأثر عن شىء وإنما هو لازم الأمر الوجودى، وهو الإنتقال إلى الغير، فلم يكن العدم معلولاً للسّلطنه.

ورابعاً: إنّ الإطلاق تارةً أفرادى، وأخرى أحوالى، فإذا قال: أكرم الإنسان، شمل بإطلاقه الإنسان بجميع أفراده وأصنافه من العربى والعجمى وغير ذلك، وبجميع أحواله من السفر والحضر والقيام والقعود وغير ذلك، لأنّ المفروض كون الموضوع طبيعى الإنسان، فإذا لم يشمل فرداً أو شمله ولم يشمل حالاً من أحواله، لزم الخلف.

وإذا عرفت هذه الأمور، ظهر لك معنى الحديث ودلالته على المدّعى، لأنه أفاد قاهريّه الناس لأموالهم، فلهم أن يملّكوها للغير، والمعاطاه تمليك كالبيع اللّفظى - غير أنه بالفعل - ومقتضى الإطلاق شمول الإمضاء الشرعى المدلول عليه بالحديث لكلا نحوى التمليك، ولا يعقل أن يكون مطلقاً بالنسبه إلى بعض الأنواع ولا يكون كذلك بالنسبه إلى أحوالها، كما لا يعقل تخصيصه بنوعٍ دون نوع أو حال دون آخر.

وعليه، فلا يعقل أنْ لا يكون الحديث نافياً لشرطيّه شىء مشكوك فى شرطيّته، نعم، ينفيه بالالتزام لا بالمطابقه، لأنّ التسلّط حكم وضعى مشروع

متوجّه إلى جميع أنحاء التمليک، فيشمل التمليک المعاطاتی، لکونه فی حيّز السّلطنه المجعوله للمالک، ولازم ذلک نفی شرطيّه کلّ شیء مشکوک فی شرطيّته، ولا يعقل عدم نفيه لذلک.

هذا بالنسبه إلی إشکال الشيخ.

وأمّا ما ذکره المحقق الخراسانی، فعجيب جدّاً، لأنّ المحجوريّه تکون تارهً للمالک، کما لو کان صغيراً أو مجنوناً، وأخری: للملک کما لو کان وقفاً أو مرهوناً، ونفی الحجر يکون دائماً بنفی أسبابه وعلله، والحديث يثبت السلطنه، وأين هذا من الدلاله علی نفی أسباب المحجوريّه؟

وأمّا ما ذکره المحقق الرشتی، ففيه: إنّ موضوعيّه الإضافه التی ذکرها، إنما هی للتسلّط لا للتصرّف، وهذا هو معنی الحديث. وحينئذٍ، فعدم الموضوع فی آن التصرّف لا ينفی وجوده فی آن التسلّط، فالموضوع حيث تکون السّلطنه محفوظ، والتصرّف بنقل المال من مکانٍ إلی آخر من آثار السلطنه، وانعدام الإضافه فی آن التصرّف لا يضرّ بتحقق السّلطنه.

وأمّا الإشکال الأخير، فالجواب عنه هو: إنه لا ريب فی أن الموضوع ذا نسبه اقتضاء بالنسبه إلی الحکم، لأنه دخيل فی الملاک أو هو تمام الملاک له، فالسّلطنه المجعوله إنما جعلت لکون المال ملکاً. وأيضاً: السلطنه هی شرط تأثير الملکيه للغير، لکنّ ذلک لازم ارتفاع الملکيّه لا أن هذا الارتفاع مسبب عن السلطنه، إذ لا يعقل أنْ يکون الأمر العدمی مسبباً عن الأمر الوجودی، إنما العدم من لوازم الأمر الوجودی، فلا مانع من أن تکون الإضافه الملکيّه علّهً للسّلطنه المجعوله، وهی شرط لتأثير التمليک، لکن ملکيّه الغير الحاصله بالسّلطنه لازمه لا مسبّبه، فلم يکن عدم الشیء معلولاً للشیء، ونظير هذا کثير، مثلًا: مديونّيه الإنسان تقتضی وجوب أداء الدين،

ووجوب الأداء يقتضى الأداء، وبفعليّه الأداء تنتفى المديونيّه ولا محذور فى ذلك.

وبـالجمله، فـإنّ «أموالهم» موضوع للسّـلطنه، وشـرطيّه السّـلطنه لتـأثير تمليـك الغير بأنْ يكون لازمه انتفاء الإضافه الملكيّه لا مانع عنها(١).

ص:١٧٨

قوله:

وكيف كان، ففى الآيتين مع السّيره كفايه. اللّهمّ إلّاأن يقال: إنهما لا تدلّان على الملك، وإنمّا تدلّان على إباحه جميع التصرّفات حتى المتوقفه على الملك...

وأمّا ثبوت السيره واستمرارها على التوريث فهى كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه... فالأولى حينئذٍ التمسّك فى المطلب: بأنّ المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً... .

أقول:

حاصله: عدم تماميّه دلاله الآيتين على الملكيّه من أوّل الأمر، وعدم تماميّه السّيره.

وقد ذكرنا أنّ الآيتين تدلّان على الأمر الوضعى، وهو مؤثّريه البيع

ص:١٨٢

والتجاره.

فقـد قلنا فى آيه الحلّ: أنها تفيـد مؤثّريه البيع على كلّ تقدير، والمفروض أن المعاطاه بيع كما نصّ عليه الشـيخ وغيره، فهى دالّه على أن المعاطاه توجب الملكيّه من أوّل الأمر.

وقلنا فى آيه التجاره: إن الأكل المنهى عنه كنايه عن الأخذ للنفس، فلا يؤخذ المال للنفس إلّابالتجاره، فالتجاره مفيده للملكيّه.

وأمّا السّيره – والمراد منها السّيره العقلائيّه لا سيره المتشرعه – فلا ريب فى انتهائها إلى زمن المعصوم ولا ردع عن هذه السّيره.

فالاستدلال بالآيتين والسيره تام بلا إشكال.

كما أن الاستدلال بحديث السّلطنه تام، والإشكالات مندفعه.

ولو تنزّلنا عن ذلك كلّه وقلنا: بأن المعاطاه تفيد الإباحه، فلا ريب فى أنّ الإباحه حكم مترتب على التصرّفات، فكلّ تصرّف حتى المتوقف على الملك مباحٌ، ففى حين المعاطاه تجوز جميع التصرّفات وتباح للمالك، فإذا كانت الآيتان دالّتين على الإباحه، وقد أضيفت إلى كلّ واحدٍ من التصرّفات التى ستقع على المال، ومنها البيع والعتق وغير ذلك، فقد دلّتا على التمليك.

وكذا الكلام فى حديث السّلطنه والسيره العقلائيّه.

فالمعاطاه مملّكه.

قوله:

مع إمكان إثبات صحّه المعاطاه فى الهبه والإجاره ببعض إطلاقاتهما(١)، وتتميمه فى البيع بالإجماع المركّب.

ص:١٨٣

أقول:

هذا الاستدلال لا أثر له، لأنّ الإجماع المركّب فيه ما فيه(۱).

الاستدلال بقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

هذا، ولم يستدل الشيخ هنا بآيه الوفاء بالعقود، مع استدلاله بها على لزوم المعاطاه.

والحق، صحّه الاستدلال بها هنا كذلك، إذ ليس المراد من «العقد» فيها خصوص الإيجاب والقبول، لأن العقد أعم، يقال: عقد القلب، وعقد زيد الإحرام... إنّ العقد كما هو المتفاهم لغهً وعرفاً ما يقال له في الفارسيّه «پيوستگى» و«بستگى». وفي صحيحه عبد اللّه بن سنان في الآيه: «أي العهود» (۱)، وما يكون بين البائع والمشتري من هذا القبيل، إذ كلّ منهما يقرّر

۱- ۱) تفسير الصّافي ۲ / ۵.

أنْ يكون ماله للآخر، وفى مقابله هو الإيقاع، فإنه الإيجاد.

ثمّ إنّ هـذا العهـد والإلتزام المعبّر عنه بالعقد، ينكشف باللّفظ تارهً وبالفعل أخرى، فكلّ منهما يكشف عن المراد. فالمعاطاه عقد يكشف عن الإرتبـاط بين البـائع والمشترى، والوفـاء بالعقـد أو العهـد أو النـذر أو اليمين أو الوعـد، معناه: ترتيب المقتضـى على مقتضـيه، ويقـابله الخلف. وعليه، فالوفـاء بالعقـد – أى الارتبـاط بين البـائع والمشـترى فى التمليـك والتملّـك – هو ترتيب الأثر والمقتضى على المواضعه الواقعه بينهما على ما حصل.

فتـدلّ الآيه المباركه على وجوب ترتيب الأثر على التمليك، سواء كان بالإيجاب والقبول أو المعاطاه، ووجوب الوفاء هذا – وإنْ كـان تكليفيّاً مولويّاً لا وضـعيّاً – إلّاأنه يـدلّ بالـدلاله الالتزاميّه على إمضاء الشارع هـذا المعنى الوضـعى الحاصل بينهما وتحقّقه عنده، وإلّا لم يعقل الحكم بالوفاء به.

فالاستدلال بهذه الآيه أيضاً على إفاده المعاطاه للملكيّه، تام بلا إشكال(۱).

أدلّه القول باعتبار الصّيغه

وذكر السيّد رحمه اللّه (۱) وجوه الاستدلال للقول بعدم إفاده المعاطاه للملكيّه وأنه يعتبر الصّيغه:

أحدها: الإجماع.

وفيه: إنه غير ثابت، وهو منقول، ومعلوم المدرک.

الثانی: بعض الأخبار المشتمله علی ذکر الصّیغه المدّعی دلالته علی اشتراطها مثل:

قوله علیه الصّلاه والسّلام: «لا تشتر کتاب اللّه عزّوجلّ، ولکنْ اشتر الحدید والورق أو الدفّتین وقل: اشتریت منک هذا بکذا وکذا» (۲).

وقوله علیه السّلام: «لا تشتر کتاب اللّه، ولکنْ اشتر الحدید والجلود وقل: اشتری منک هذا بکذا وکذا»(۳).

وقوله علیه السّلام فی فی خبرٍ: «رجل اشتری من رجل عشره آلاف طن... فقال البائع: قد بعتک من هذا القصب عشره آلاف طن. فقال المشتری:

قد قبلت ورضیت...»((۳)).

أمّا الأخیر، فلا مجال للاستدلال به.

ویبقی الأوّلان، فقد یتوهّم منهما اعتبار اللّفظ، وأنه لولا ذلک لقال الإمام علیه السلام: أعطه کذا وکذا وخذ کتاب اللّه... فمن قوله: «قل...» الظاهر

ص:۱۸۷

۱- ۱) حاشیه المکاسب ۱ / ۳۳۷.

۲- ۲) (و ۳) وسائل الشیعه ۱۷ / ۱۵۸، الباب ۳۱ من أبواب ما یکتسب به، الرقم ۱ و ۲.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷ / ۳۶۵، الباب ۱۹ من أبواب عقد البیع، الرقم ۱.

فی الوجوب الشّرطی - لأن الأوامر فی هذه الموارد ظاهره بالظهور الثانوی فی الشرطیّه - یستفاد اعتبار اللّفظ وعدم کفایه الفعل.

لکنْ فیه: إن الإمام علیه السّلام فی مقام بیان أن القرآن المجید لا یباع، وأنّ الذی یقع مورد المعامله هو الورق والجلد، فهما مسوقان لأمر آخر غیر شرطیّه اللّفظ فی البیع، فلا یستدّل بهما لهذه الجهه.

الثالث: ما ورد فی النهی عن بیع المنابذه والملامسه ونحو ذلک (۱)، باعتبار أنّ ملاک النهی فیها هو عدم اللفظ، وهو موجود فی البیع المعاطاتی.

مضافاً: إلی أن المنابذه من النبذ وهو الطّرح، وهو نحوٌ من التعاطی، فأدلّه النهی عن هذه البیوع آتیهٌ فی المعاطاه بالملاک أو بالمطابقه.

وقد أجاب السیّد وغیره: بأن البیع لم یکن بالنبذ أو اللمس ونحو ذلک، بل النبذ ونحوه إنّما کان لتعیین المبیع (۲).

لکنّ الشیخ الصّدوق یقول: «المنابذه یقال: إنها أنْ یقول لصاحبه: انبذ إلیَّ الثوب أو غیره من المتاع، أو أنبذه إلیک، وقد وجب البیع بکذا... .

ویقال: إنما هو أنْ یقول الرجل: إذا نبذت الحصاه فقد وجب البیع، وهو معنی قوله: نهی عن بیع الحصاه.

والملامسه أن یقول: إذا لمستَ ثوبی أو لمستُ ثوبک، فقد وجب البیع بکذا. ویقال: بل هو أن یلمس المتاع من وراء الثوب ولا ینظر فیه فیقع البیع علی ذلک.

وهذه بیوع کان الناس علی عهد الجاهلیّه یتبایعونها، فنهی رسول اللّه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷ / ۳۵۷، الباب ۱۲ من أبواب عقد البیع.

۲- ۲) حاشیه المکاسب ۱ / ۳۳۸.

صلّى اللّه عليه وآله عنها، لأنها غرر كلّها» (۱).

فمن هذه العباره يفهم أنّ النهى إنما هو من أجل لزوم الغرر، لا لأجل اعتبار اللّفظ.

والرابع: قوله عليه السّلام إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام (۲).

و«إنما» تدلّ على الحصر، والمعاطاه ليست بكلام، فهى لا تفيد حتى الإباحه.

وقد تعرّض الشيخ لهذا الخبر وذكر فى معناه أربعه وجوه. لكنْ سيأتى أن معناه: أنْ لا أثر للمقاوله السّابقه على البيع وأنّ المؤثّر هو تنجيز البيع.

وعلى هذا - الذى سنذكره - لا مجال للاستدلال به لاعتبار اللّفظ فى البيع، بل جميع الآثار تترتب على تنجيزه، وهو كما يحصل باللّفظ يحصل بالفعل.

۱- ۱) معانى الأخبار: ۲۷۸، وسائل الشيعه ۱۷ / ۳۵۸.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸ / ۵۰، الباب ۸ من أبواب العقود، الرقم: ۴.

كلام كاشف الغطاء والبحث حوله

اشاره

قوله:

هـذا، مع مـا ذكر من أن التزام حـدوث الملـك عنـد التصـرّف المتوقف عليه، لا يليق بالمتّفقه فضـلاً عن الفقيه، ولـذا ذكر بعض الأسـاطين فى شـرحه على القواعـد – فى مقـام الاسـتبعاد – أن القول بالإبـاحه المجرّده مع فرض قصـد المتعاطيين الملك والبيع، مستلزمٌ لتأسيس قواعد جديده.

منها: أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصود.

القاعده الأولى

اشاره

أقول:

إن من المسلّمات فى الفقه أنّ العقد تابع للقصد، فإنْ لم تفد المعاطاه الملكيّه يلزم انخرام هذه القاعده.

والتبعيّه تارهً ماهويّه، وهى تبعيّه المعلول للعلّه، وأخرى: تبعيّه الشيء لشيء فى أثره، فهل التبعيّه هنا ماهويّه أو فى الأثر؟

كلاهمـا جـائز، فقـد ذكرنـا آنفـاً فى مفـاد قوله تعـالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أنّ العقـديه عباره عن الارتباط بين التمليكين، حيث يقرّر الطرفـان ويتعاهـدان على أنْ يملّـك كـلّ منهمـا مـاله إلى الآخر على نحو المقابله، وهـذا المعنى لا يحصل بلا قصـد، لكونه من الأمور الإراديّه.

إنّ قوام عقديّه العقد هو القصد فلا يتحقّق إلّابه، فالمعنى الأوّل صحيح.

ويصحُّ أن نقول: بأنّ العقود تتبع القصود فى تأثيرها، فالأثر الذى

يقصـده الإنسان يفيـده العقـد، فهو يؤثّر فيما قصـد ولا يؤثّر فيما لا يقصد، إذ لو أراد التأثير فيما لم يقصد لم تكن التبعيّه، فالتبعيّه فى التأثير مستلزمه للأمرين الإيجابى والسّلبى معاً.

وعلى هـذا، فالإباحه التى يقول القائلون بها غير مقصوده، والملكيّه التى قصـدها المتبايعان لم تقع. وهـذا ينافى القاعـده المسلّمه عند الكلّ.

هذا بيان ما ذكره كاشف الغطاء رحمه اللّه.

قوله:

أمّا حكايه تبعيّه العقود وما قام مقامها للقصود، ففيها: أوّلاً: إنّ المعاطاه ليست عند القائل بالإباحه المجرّده من العقود... .

أقول:

جوابه متين، وإنْ كان لا يخلو من إجمالٍ، ولذا أشكلوا عليه، وحاصل كلامه:

إن المعاطاه عنـد القائلين بإفادتها الإباحه، ليست عقـداً شـرعيّاً ليكون سـبباً للتمليك، ولا دليل على صـحّتها حتى تتمّ التبعيّه فيها، وإنما يقولون بالإباحه بها بـدليلٍ مسـتقل. وبعباره أخرى: إنه ما لم يقم الدليل الشـرعى على الصِّحه، فالعقد فاسد ولا يترتب عليه الأـثر، والتبعيّه إنّمـا تكون حيث يقوم الـدليل على الصـحه، ومع عـدمه فلا مجال للقول بوقوع التخلّف. وأيضاً، فإن المقصود من العقد فى القاعده هو العقد الكاشف عن التسبيب والتسبّب وهو اللفظى، والفعل ليس له هذه الكاشفيه فليس بعقد.

وبما ذكرنا ظهر أنّ الشيخ لا يقول بإفاده المعاطاه للإباحه كالعقد اللّفظى، فلا ضير فى عدم تبعيّتها للقصد، حتى يشكل عليه: بأن قاعده التبعيّه تعمُّ اللّفظ والقول.

ص:١٩١

كمـا لاـ مجـال حينئذٍ لقـول المحقـق الخراسـانى رحمه اللّه من: أنه يمكن أنْ يكون مقصود القـائلين بالإبـاحه أنّ إفـاده الملكيّه مشـروطه بالتصـرّف أو التلف، فالأـثر غير منفـك عن العقـد، غير أنّ الملكيه منوطه بحكم الشـرع بشـرط، كمـا هو الحال فى بيع الصرف (١)... إذ لا تساعد كلماتهم على هذا التأويل.

قال: «نعم، إذا دلّ الدليل على ترتب أثر عليه حكم به وإنْ لم يكن مقصوداً» هذا كلّه فى الجواب الأوّل.

قوله:

وثانياً: إن تخلّف العقد عن مقصود المتبايعين كثير.

أقول:

مقصوده: إن هذا السـنخ من التخلّف - بمعنى أنْ لا يمضـى الشارع ما قصده المتبايعان ويترتّب حكم آخر على ما أوقعاه - كثير. أى: إنه تخلّف صورةً لا على حقيقته، وإنْ كانت عبارته موهمه لكنه لا يريد ذلك قطعاً.

فذكر من موارد النقض خمسةً:

النقض الأوّل

قوله:

فإنهم أطبقوا على أنّ عقد المعاوضه إذا كان فاسداً يؤثّر فى ضـمان كلٍّ من العوضـين القيمه، لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم كما يقتضيه صحيحه...

وتوهّم: أنّ دليلهم على ذلك قاعده اليد، مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلّا بعضهم... .

ص:١٩٢

١- ١) حاشيه المكاسب: ١۶.

أقول:

لقد أجمعوا على الضـمان بالقيمه فى العقد الفاسد، مع أن مقصود المتبايعين هو الضـمان بالمسـمّى، ولا يتوهّم أنّ دليل الضـمان قاعـده اليـد، وبيـان دفعه بحيث لا يتوجّه عليه الإشـكال (۱) هـو: إن تلـک القاعـده إنّمـا تجرى حيث يتحقّق موضوعهـا وهو «ما أخذت» وهنا لا يوجد الأخذ وإنما الإقباض من البائع، فلا موضوع للقاعده حتى تكون هى الموجبه للضمان.

إنه لم يكن التمليک من هذا بالمجّان بل كان على نحو تضـمينه بالبدل، وكان التمليک من ذاک على أن أقدم على الأخذ بنحو ضمان البدل، ولمّا كان العقد باطلاً فخصوصـيّه البدل المسـمّى فاسده عند الشارع، لكنّ انتفائها لا ينتج انتفاء سـبب الضـمان من أصله.

وبعباره أخرى: إنّ الواقع إمّا هو التسبيب بالعقد على شىء، بمعنى أن الإنسان يتسبّب بالعقد للضمان بالقيمه، وهذا منتف هنا، لأن المقصود منهما لم يكن التضـمين بالقيمه، وإمّا المسـبب الذى قصداه وهو التضـمين بالمسمّى، والمفروض إنه غير متحقّق، لفساد العقد. فيبقى الوجه الثالث وهو: سـببيّه شـىء لشىء، فالشارع يقول: المعامله الفاسده لها سببيّه وهى موضوع للضمان بالقيمه، وسرّ ذلک: عدم كون التمليک مجّاناً، بل كان بنحو التضـمين، واُلغيت الخصوصـيّه وبقى الأصل، وضـمان كلّ شىء بمثله أو ببدله أو بقيمته.

فيكون هـذا نظير مورد المعامله بالمعاطاه، فكما أن العقـد الفاسـد موضوع للضـمان بلحاظ عدم المجانيّه - لكن بالقيمه بعد إلغاء الشارع كونه

۱- ۱) انظر: حاشـيه السيد اليزدى ۱ / ۳۴۹، حاشـيه المحقق الإصفهانى ۱ / ۱۱۶، المكاسب والبيع ۱ / ۱۴۴،مصباح الفقاهه ۲ / ۱۰۷.

بالمسمّی - کذلک المعاطاه موضوع للإباحه بعد إلغاء الشارع إفادتها للملکیّه.

النقض الثانی:

قوله:

وکذا الشرط الفاسد، لم یقصد المعامله إلّامقرونه به، غیر مفسد عند أکثر القدماء.

أقول:

إذا کان الشرط علی خلاف الکتاب والسنّه فهو فاسد ولا یلزم الوفاء به، لکنّ العقد صحیح، وعلیه أکثر القدماء، مع أن المتعاملین قد أناطا المعامله بالشرط، فکان مقصودهما التملیک المقید ولم یقع، ووقع التملیک المطلق الذی لم یکن مقصوداً لهما، فتخلّف العقد عن القصد.

وقد ذکرنا أن هذا التخلّف صوری ولا یضرّ بالقاعده المسلّمه، والسرّ فی ذلک هو: إنه لا یعقل أن یکون القید قیداً للملکیّه، إذ التقیید لابدّ وأنْ یکون بأمرٍ غیر حاصل فعلاً، فإذا باع بشرط الکتابه مثلاً، لم یکن تقیید التملیک بها بمعنی القیدیّه للملکیه، وإلّا لزم عدم حصولها قبل حصول الکتابه، إذ لا یعقل تحقّق المقیَّد قبل حصول القید، والمفروض صحه المعامله، فالشرط إنما هو عباره عن الالتزام فی ضمن العقد، لا أن مضمون العقد مقیّد به.

وکان المیرزا الأستاذ رضوان اللّه علیه یقول: بأنّ الإنسان لمّا یبیع الشیء یکون ثباته علی المعامله وإلتزامه بما فعل، مملّکاً للطرف، فهو یملّک التزامه لصاحبه ویجعله مسلَّطاً علی التزامه، لکن هذا الالتزام - عندما یُجعل فی العقد شرطاً - منوط بقیام طرفه بالشرط، وإلّا کان إلتزامه باقیاً

تحت تصرّفه.

فالتخلّف عن الشرط بصورةٍ كلّيةٍ - أي سواء كان فاسداً أو صحيحاً لكن لم يف به الطرف - يوجب الخيار، فله أن يفسخ العقد ويحلّه(١).

النقض الثالث

قوله:

وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكلّ

ص:١٩٥

أقول:

قال المشـهور - بل الكلّ - بأنّ البيع يقع فيما له ويكون بالنّسبه إلى مالغيره موقوفاً على إجازه المالک، فإنْ لم يجز کان للمشترى خيار تبعّض الصفقه، فالبيع يقع فيما يملک فقط، مع أن المقصود هو بيع المجموع بما هو مجموع.

وبعباره أخرى: قد قصد بيع الكلّ، والذى وقع بيع الجزء - والجزء يغاير الكلّ - فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد.

ولكن هـذا لا ـ ينقض القاعـده، لأن الحلّ هو: أنه قـد أنشأ التمليک، وهو إنما يؤثّر فى المورد القابل، والقابليّه هنا إنما هى لِما هو مملوکٌ له دون غيره.

وبعبـاره أخرى: إنّ الأـمور المتعـدّده لا ـ يعقل قيام الملكيه الواحـده بها، فإنّ شأن الملكيه هنا شأن العرض، ولا يعقل قيام العرض الواحـد - لبسـاطته - بالمتعـدّد، فعنـدما يبيع عشره أشـياء - مثلاً ـ - يوجـد فى الحقيقه عشـره ملكيّات، فلو کان بعض المبيع غير مملوک له، فقد ملّک المملوک وغيره بملكيّتين، لكنّ أحداهما النافذه شرعاً تتحقّق، والأخرى غير النافذه شرعاً لا تتحقّق.

فالمقصود - وهو إحدى الملكيّتين المتعلّقه بما يملک - واقع، والمقصود الآخر بلحاظ أنه لم يكن ملكاً له، غير واقع(١).

ص:١٩٦

النقض الرابع

قوله:

وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير.

أقول:

إنّ الـذى وقع عليه العقد هو البيع لنفسه حتى يدخل العوض فى ملكه، لكنّهم يقولون بوقوع العقد للمالك وكون العوض له، فما قصده الغاصب لم يقع وما وقع لم يقصده.

وحلّ المطلب هو: إنّ الغاصب تاره: غير قاصد للمعامله ولا ينشـىء البيع، وقوله: بعتك هذا، كلامٌ صورى، ومثله خارج عن محلّ الكلام وليس بموضوع للإجازه.

وأخرى: يقصد التمليك وينشؤه حقيقةً لنفسه، وهنا قولان:

أحدهما: فساد المعامله وأنه لا أثر للإجازه من المالك، إذ لا يعقل القول بحصول الملكيّه للغاصب لأنه ليس بمالكٍ للشىء، ولا للمجيز، لأنه إنما يجيز العقد الواقع وقد وقع للغاصب، فلو أجازه المالك لم يقع البيع له بل الغاصب.

والثانى: وهو المشهور: إنه يكون للمالك بإجازته. فيقع الكلام فى تصويره:

قال الشّـيخ – وقرّبه الميرزا الأستاذ (١) – بـأنّ الغـاصب لمّا يبيع الشـىء يـدّعى كونه ملكاً له، فهو يبيعه بناءً على أنه المالك، فأمّا حيثيّه كونه المالك فلغو، وأمّا حيثيّه كون البيع عن المالك، فتتوقف على الإجازه، فإذا أجاز

١– ١) المكاسب والبيع ١ / ١٥٨.

المالک أثّرت أثرها ویکون البیع له.

وقال السیّد (١): إن البیع عباره عن مبادله مالٍ بمال، ولیس فی البین تعرّض للمالک، کما لیس لحیثیّه المالکیّه دخل مطلقاً فی حقیقه البیع، فإذا أجاز المالک فقد أنفذ المبادله الحاصله ویقع البیع له.

أقول: وکلامه - بحسب الظاهر - جیّدٌ ولعلّه مقبول عند غیره أیضاً، إلّاأنّ الذی أخذته من شیخنا الأستاذ رحمه اللّه - وإنْ کان للعمر وفاء بیّنته بالتفصیل فی بحث الفضولی - هو: إنّ بدلیّه الشیء عن الشیء والمبادله بینهما یحتاج إلی محلّ، لأن البدلیّه لیست بمهملهٍبل هی فی شیء، وهو هنا الملکیّه، والملکیّه ربط قائم بین المالک والمملوک، والغاصب عندما یبیع إنّما یبدّل المال بمالٍ فی الملکیه التی یراها لنفسه، فما ذکره الشیخ هو الصحیح.

وعلی المسلکین، فإن البیع یقع للمالک الحقیقی، فلم یخرج المورد عن القاعده، لأنّ الغاصب قد قصد البیع للمالک، وقد وقع بالإجازه للمالک، فما قصد قد وقع ولا تخلّف.

والتحقیق: عدم صحّه التقریبین کلیهما، وبیان ذلک باختصار هو:

الواسطه تارةً: هی فی الثبوت، وأخری: فی العروض، فإنْ کان للوصف العنوانی وساطه فی ثبوت الحکم علی الموضوع - والمقوّم للموضوع هو الذات - فهو الواسطه فی الثبوت، وإنْ کان له دخل فی الحکم والمحمول المترتّب علی الموضوع، فهو الواسطه فی العروض.

فإذا باع الغاصب لنفسه، کانت حیثیه المالکیّه الإدّعائیه واسطه فی

١- ١) حاشیه المکاسب ١ / ٣٤٩.

الثبوت لا ـ فی العروض، لأنه یبیع الشیء بعنوان أنه هو المالک، لا ـ أنه یبیعه عن المالک لیقال أنّ البیع قد وقع للمالک غیر أنّه یدّعی کونه هو المصداق وادّعاؤه لغو.

فالحلّ الصحیح یبتنی علی ما ذهب إلیه شیخنا الأستاذ فی تعریف البیع من أنه عباره عن تملیک شیء بشیء، فإنه إذا أجاز المالک فقد أجاز هذا المعنی، فیقع للمالک. والتفصیل فی محلّه.

وتلخّص: أنّ ما ذکره الشیخ لیس نقضاً.

النقض الخامس

قوله:

وترک ذکر الأجل فی العقد المقصود به الإنقطاع یجعله دائماً علی قول... .

أقول:

هذا هو المشهور وبه نصّ(١)، وإنْ قال المحقق الخراسانی فی فوائده (١): إذا لم یذکر الأجل فی العقد المنقطع لا ینقلب دائماً، ویحمل النصّ علی معنیً آخر، مع کونه علی القاعده وعلیه المشهور، کما ذکرنا. وحلّ المطلب خلافاً له هو:

١- ١) الفوائد ط مع حاشیه الرسائل: ٢٩١.

إنّ الزوجيّه حقيقه واحده ومعناها النكاح، والدّوام ليس قيداً لها بل هو عباره عن عدم ذكر الأجل، فإذا تحقّقت الزوجيّه دامت، ودوامها عباره عن وجودها وثباتها، والمدّه تحتاج إلى قصدٍ آخر ولابدّ من إظهارها، فما لم تظهر المدّه - التى هى محدّده للزوجيّه - كانت الزوجيّه المقصوده على حقيقتها. فالمقصود واقع ولا تخلّف(١).

هذا تمام الكلام على القاعده الأولى.

ص:٢٠١

أن الدوام لا يحتاج إلى قصدٍ.

القاعده الثانيه

قوله:

ومنها: أنْ يكون إراده التصرّف من المملّكات...

أقول:

القاعـده الثانيه التي ذكر بعض الأساطين يلزم تأسيسـها بناءً على القول بأن المعاطاه تفيـد الإباحه دون الملك هو: أنْ يكون إراده التصرّفات من المملّكات.

وذلك: لأنّ التصـرّفات التى تقع من المتعاطيين جائزه مطلقاً، إلّاأنها تنقسم إلى قسـمين، فمنها: لبس الشّىء أو ركوبه أو الجلوس عليه ونحو ذلك، ممّا لا يتوقّف على أنْ يكون المتصـرّف مالكاً. ومنها: ما يتوقف على ذلك، كأن يوقف الشىء، أو العبد يعتقه، أو الجـاريه يطؤها، لأنه: لا بيع إلّافى ملك، ولا وقف إلّافى ملك، ولا عتق إلّافى ملك أو بعـد ملك - كما فى الخبر - ولا وطى إلّافى ملك، فإذا لم تفـد المعاطاه الملكيّه، فلماذا جازت هـذه التصـرّفات، ولـم يخطر ببال المالك الإذن فى شـىء منها، وإنّه لا يجوز لأحدٍ أنْ يتصرّف فى مال غيره إلّابإذنه؟

فالقول بجواز تلك التصرّفات يستلزم أنْ يقال بأنّ إراده التصرّف سبب لمالكيّه المتصرّف. وهذه قاعده جديده.

ثم إنّ الشيخ أجاب عن سؤال مقدّر بقوله:

بخلاف من قال: أعتق عبدك عنّى وتصدّق بمالى عنك.

وذلك: لوجود الإذن منه فى هذين الموردين، لأنه فى الحقيقه إذنٌ فى التمليك فى الأوّل ثم العتق، وفى التملّك ثم التصدّق فى الثاني.

ص:٢٠٢

ثم إنّ ما ذكره فى الموردين، مبنى على أنْ يكون المعتق عنه والمتصدَّق عنه مالكاً، وأمّا بناءً على عدم اعتبار ذلك - كما فى بعض النصوص فى العتق والتصدّق عن الميّت - فلا مجال لما ذكر. ووجه الترديد حيث قال:

بإراده التصرّف أو معه.

هو: إن من التصرّفات ما لا يعتبر فيه سبق الملكيّه على التصرف، مثل وطىء الجاريه المأخوذه بالمعاطاه، فيمكن أن يكون مالكاً لها فى آن الوطى، بخلاف مثل البيع، فإنّه لا يعقل المالكيّه فى آن البيع، لأن تحقّقها فى هذا الآن يستلزم الجمع بين الضدّين، فإذا تحقّق ملكيّه الغير لم يعقل تحقّق الملكيّه لنفسه فيه، وكذا فى العتق، فإنه يلزم تأثير الشىء فى المتناقضين، لأنّ العتق سبب زوال الملك، فإذا قلنا بحصول الملكيّه فى حينه، لزم الجمع بين تحقق الشىء وزواله وهو محال، ففى مثل هذين الموردين، لابدّ من اختلاف الآنين.

فإن قلنا بأنه فى الآن الأول ملك، وفى الثانى باع أو أعتق أو ملك فى آن التصرف كما فى الوطىء، لزم الالتزام بقاعده جديده هى مملكيّه الإراده.

إذن، لابدّ من القول بإفاده المعاطاه من أوّل الأمر.

هذا بيان مراد الشيخ الكبير، وسأزيده بياناً فيما بعد.

وقد أجاب الشّيخ عن ذلك بقوله:

وأمّا ما ذكره من لزوم كون إراده التصرّف مملّكاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل ودليل جواز التصرّف المطلق وأدلّه توقّف بعض التصرّفات على الملك... .

وحاصل كلامه: الإلتزام بمملكيّه الإراده وعدم استلزام ذلك تأسيس قاعده جديده، فكلامه ناظر إلى الجهتين، فما فى كلام بعضهم من أنه

لم يُجب عن استلزام تأسيس قاعده جديده، ليس فی محلّه. وقد جاء فی كلامه ثلاثه أمور:

أحدها: إنه لا دليل على إفاده المعاطاه الملكيّه، ومقتضى الإستصحاب بقاء المأخوذ بها فی ملك مالكه.

والثانی: إنه قد قام الدّليل على جواز مطلق التصرّفات فی المأخوذ حتى المتوقفه على المالك.

والثالث: إنّه لا بيع إلّافی ملك، وكذا العتق والوطی... .

وهـذه الأمور تدلّ - بدلاله الإقتضاء - على كون إراده التصـرّف أو التصـرّف موجباً للملك، لأنّا إنْ قلنا: بأنّ التصـرّف أو إرادته غير مملّك، لزم بطلان: لا بيع إلّافی ملك ونحوه، وإنْ قلنا: بأنّ التصـرّفات المتوقفه على الملك غير جائزه، لزم ردّ السّيره وغيرها مـن الأدلّه القـائمه على حلّيـه تلـك التصرّفات وغيرهـا، وإنْ قلنـا: إن المعاطـاه تـوجب الملكيّه، فـالمفروض عـدم الـدليل عليه. فيستكشف من هـذه الأمور أنّ إراده التصـرّف - أو نفس التصـرّف - موجب للملكيه. ولابـدّ حينئـذٍ من الالتزام بكون: لا يجوز لأحدٍ أن يتصرف فی مال غيره إلّابإذنه، ونحوه من الأدلّه، مخصَّصاً بالدلاله الاقتضائيّه المذكوره.

قوله:

فيكون كتصرّف ذی الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطی والبيع والعتق وشبهها.

فما نحن فيه نظير تلك الموارد، فإنّ ذا الخيار يدخل مال الغير فی ملكه عملاً، وكذا الهبه لغير ذی رحم مع بقاء العين، فلا يكون ما ذكره هنا فی المعاطاه شيئاً جديداً.

ص:۲۰۴

أقول:

لكن الإنصاف عدم تماميّه التنظير المزبور، إذْ فرقٌ بين حصول الملكيّه بالتصـرف أو إرادته، وبين ارتفاع سبب ملكيّه الغير – وهو العقد – بالتصرّف، وتصرّف ذى الخيار والواهب من قبيل الثانى. فالحق أن ما نحن فيه لا نظير له(١).

ص:٢٠٥

القاعده الثالثه

قوله:

ومنها: أن الأخماس والزكوات والاستطاعه والديون والنفقات وحقّ المقاسمه والشفعه والمواريث والرّبا والوصايا، تتعلّق بما فى اليد، مع العلم ببقاء مقابله... .

أقول:

قد عرفت أنّ المقصود من هذه البحوث هو الاستدلال لإفاده المعاطاه الملك، بأنّه لولا ذلك يلزم تأسيس قواعد جديده، فمنها: لزوم هذه الأمور – التى تتعلّق بالأملاك – فى غير الأملاك.

فمن أخذ شيئاً من الأنعام الثلاثه أو النقدين أو غيرها ممّا تجب فيه الزكاه، بالمعاطاه، وحال الحول والنصاب حاصل، وجب عليه الزكاه، مع أنّ الذى حصل عنده كان بالمعاطاه، والمفروض أنها لا تفيد الملك.

وكذا الخمس، فيلزم تعلّقه بما ليس بملكٍ له.

وكذا يلزم حصول الاستطاعه بالزاد والرّاحله التى لغيره، لأن المفروض أن ما عنده مأخوذ بالمعاطاه وليس ملكاً له.

وكذا يلزم تعلّق الديون بغير الملك، كأنْ يقسّم الغرماء بينهم ما كان عند الغريم من أموال الناس، لأن المفروض أخذه ذلك منهم بالمعاطاه. وأيضاً:

المدين إذا مات، تعلّق دينه بما تركه، فيلزم تعلّق دينه بأموال الناس لا بأمواله.

وأيضاً: لو باع شيئاً بالمعاطاه وأخذ الثمن، كان أداء دينه من هذا الثمن أداءً من أموال الناس.

وكذا يلزم تعلّق حقّ النفقه بالنسبه إلى أموال الناس، لأن المال الذى بيد

الزوج مأخوذ بالمعاطاه، مع أنّ حق النفقه يتعلّق بملك الزوج.

وكذا فى حقّ المقاسمه، فإذا حصل الشىء لهما واشتركا فيه وثبت لهما حقّ لهما فيه حق المقاسمه، كان معنى ذلك حصول هذا الحق فى مال الغير.

وكذا فى حقّ الشفعه، فمن باع نصف ملكه لزيد بالمعاطاه وباع النصف الآخر من عمرو، جاز لزيد أنْ يشفع فى النصف الآخر، مع أنّ النصف الذى بيده ليس ملكاً له بل هو باق على ملك صاحبه، فكيف أخذ بالشفعه؟

وكذا لو باع بالمعاطاه المكيل والموزون بمثله بالتفاضل، فالرّبا ثابته، ولو لم تكن المعاطاه مملّكةً لم يكن لثبوت الرّبا وجه، وإلّا لزم ثبوتها فى مال الغير.

وكذا الذى أوصى بصرف كذا وكذا من ثلثه، فوصيّته نافذه، ولو لم تفد المعاطاه الملك لزم نفوذ الوصيّه فى ملك الغير.

وكذا لا شبهه فى أنّ من مات انتقلت أمواله إلى ورثته، فلو كان جميع ما حصل عنده مأخوذاً بالمعاطاه، فإنّهم يكونون قد ورثوا أموال الناس بموت موّرثهم.

وكذا الكلام فى الغنى والفقر، فمن حصل عنده بالمعاطاه ما يكفى لمؤنه سنته، صدق عليه الغنى وترتّب عليه أحكامه، فلو لم يكن ما أخذه بالمعاطاه ملكاً له، فقد أصبح غنيّاً بأموال الناس، ولو وهب هذا الشخص كلّ ما عنده عدّ فقيراً، مع أنّ الأشياء غير خارجه عن ملكه، لأن المفروض وقوع الهبه منه معاطاةً.

هذا كلّه، مع العلم ببقاء المال المقابل عند الطرف الآخر، ولو شك فى بقاءه استصحب.

وتلخص: إن ما ليس موضوعاً لآثار الأملاك يكون محكوماً بالآثار

المتعلّقه بها، وهذه قاعده جديده.

هذا ما أفاده بعض الأساطين.

فأجاب الشيخ:

قوله:

وأمّا ما ذكره من تعلّق الأخماس والزكوات. إلى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض، ودفعه بمخالفته للسيره رجوع إليها، مع أنّ تعلّق الإستطاعه الموجبه للحج وتحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاه، لا يتوقّفان على الملك.

أقول:

إذنْ، يلتزم بتحقّق هذه الأمور فى غير الملك ويكون بحكم الملك.

واختلفت الأنظار فى مراده من قوله: «ودفعه بمخالفته...» والضمير يرجع إلى «التعلّق» وفى بعض النسخ: «ودفعها بمخالفتها...» ومرجع الضمير «المقاله»:

فقال السيّد رحمه اللّه: «الظاهر أن مراده أنّ الحكم بعدم تعلّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاه، استبعاد محض، فلنا أنْ نلتزم بعدم التعلّق، ولا بأس به، ودعوى أنه مخالفٌ للسيره حيث أنها جاريه على التعلّق، مدفوعه بأنه على هذا تكون السيره دليلًا على التعلّق وإنْ كان مخالفاً للقاعده، لأنها دليل على تخصيصها، ولا بأس بالالتزام به» (1).

فاعترض عليه شيخنا الأستاذ: «بأنّ كاشف الغطاء رحمه اللّه لم يستبعد عدم التعلّق، بل استبعد تعلّقها مع عدم الملك حيث قال: فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك» ثم قال: إعلم أنّ مقتضى كلام هذا الفقيه النبيه الوجيه

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۳۵۱.

«إن تعلّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاه أمر مفروغ منه ولذا استبعد تعلّقها به مع عدم الملك...» (۱).

وهو متينٌ جداً.

وعلى الجمله، فإنه لا مانع من تعلّق المذكورات بغير الملك، وليس فی المقابل إلّاالاستبعاد.

فإنْ قيل: هذا ينافی السّيره القائمه على أنّ المعاطاه تفيد الملك، وأنهم يرون تعلّق هذه الأمور بالملك.

قلنا: هذا رجوع إلى السّيره، ولا لزوم لتأسيس القواعد الجديده، وقد جعل هذا اللّزوم دليلًا مستقلّاً - بعد الكتاب والسّنّه والسّيره - على إفاده المعاطاه للملك.

وحلّ المطلب هو:

أمّا فی الأخماس والزكوات، فإنها تتعلَّق بشرط الحول والنّصاب، وكون الآخذ بالمعاطاه غير مالك لا يضرّ، لوجود المالك الأصلی المتوجّه إليه الخطاب بالخمس والزكاه، فلم يكن التعلّق بغير الملك، غير أنّ الذی بيده ليس هو المالك المخاطب بالأداء. ولو قيل: بأنّ وجوب الأداء عليه حينئذٍ دون المالك هو الذی عليه السّيره، فالجواب: إن هذا رجوع إلى السّيره.

وبعباره أخرى: إن كان المحذور سقوط الخمس والزكاه، فإنّه غير وارد، لأنهما يتعلَّقان بالملك، وغايه الأمر هنا هو توجّه التكليف إلى المالك دون الآخذ بالمعاطاه.

وأمّا فی الإستطاعه، فإنّ المناط فيها هو التمكّن من الذهاب إلى الحج،

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۱۲۱.

ولا دلیل علی اعتبار الملکیه فی الزاد والراحله، ومن کان بیده الزاد والراحله فهو متمکن ویجب علیه الحج.

وأمّا فی الـدیون، فإنّ مثال تعلّق الدین بالمأخوذ بالمعاطاه هو ما لو أخذ الشـخص بالمعاطاه شـیئاً فی مقابل شـیء أعطاه، ثم مات والمالان باقیان، فإن المأخوذ بالمعاطاه یکون من جمله ترکته والدّین یکون متعلّقاً بهذا المال.

والظـاهر أنْ لاـ مورد لتعلّق الـدین بالمأخوذ بالمعاطاه إلّاما ذکرناه، وما فی کلام بعض الأکابر (۱) من أنّه لا مانع من أداء الـدین الـذی فی ذمّته ممّـا کان بیـده من مال غیره المأذون فی التصـرّف فیه، فلیس جواباً عن إشـکال الشـیخ الکبیر، لأنّ الکلام هو فی تعلّق الـدین بمـال، فمنشـأ الإشـکال هو «التعلّق»، لأنّ الـدین إنما یتعلّق بـذمّه المـدین مادام حیّاً، فإذا مات تعلّق بما ترکه، فکیف یتعلّق دین الدائن بما هو لغیر المدین؟ نظیر المفلَّس، حیث أن الغرماء یقتسمون ما فی یده من الأموال، فإذا کان فیها شیء مأخوذ بالمعاطـاه، والمفروض أنها لا تفیـد إلّاالإباحه، لم یکن لهم تقسـیمه، إذْ لا یتعلّق حق الغرماء إلّابما هو ملک للمفلّس، وإنْ أمکن القول بجواز أخذهم المال، لأنه عوض عن ملک الغریم الموجود بید المتعاطی معه.

وبالجمله، فالمثال الذی ذکرناه، هو الذی ینطبق علیه البحث تماماً.

ولنـا أنْ نقـول فی الجـواب: إن الفتوی فی الهبه الجـائزه الـتی للواهب أن یرـجع فیمـا وهبه، هی اللّزوم بموت الموهوب له، فلم لا یکون الموت سـبباً فی ملکیه المال المباح کذلک؟ وبعباره أخری: إنه لا ریب فی مملکیه التصـرّف المالکی والإتلاف، والمناط فی التصرّف المالکی هو الخروج عن

۱- ۱) حاشیه الإصفهانی ۱ / ۱۲۲.

الملك، وبالموت يتحقّق الخروج عن الملك ويتعلّق الدين بالتركه.

وأمّا النفقات، فلا دليل على أنها تتعلّق بالملك، بل على الزوج المتمكّن أن ينفق على من تجب النفقه عليه، من أىّ مالٍ يجوز له أنْ ينفق منه، سواء كان مباحاً له أو ملكاً.

وأمّا المقاسمه: بأنْ يكون شخصان شريكين فى مالٍ على نحو الإشاعه، فلكلٍّ منهما الحق فى المطالبه بتقسيم المال، فلو كان المال مأخوذاً بالمعاطاه - وهى تفيد الإباحه - لم يكن لأحدهما الحق فى مطالبه الإفراز، لأنّ هذا الحق يختص بالمالك فى ملكه.

والجواب هو: إن نفس التقسيم تصرّف مخرج عن الملك، لأن حصّه كلّ واحد هو النصف المشاع بما هو مشاع، ولا تعيّن للملكيه خارجاً، ومجرّد إيجاد التعيّن بالإفراز مخرج عن الملك، ولا أقلّ من أنه يوجب تملّك الطرف المقابل لما أخذه، فالتقسيم كالبيع وغيره من التصرّفات المخرجه عن الملك، والمفروض إباحه جميع التصرّفات.

نعم، يتوجّه هنا ما أوردناه سابقاً من لزوم اجتماع الضدّين، لكنّا نتكلّم هنا على ما مشى عليه القوم.

وأمّا حق الشفعه، فإذا أخذ شيئاً بالمعاطاه مشاعاً وأراد صاحبه أنْ يبيع سهمه، كان لهذا الحق فى الأخذ بالشفعه، لكنّ المفروض أنه مباح له وليس بمالك حتى يجوز له الأخذ بها.

والجواب: إنه إنْ جاز القول بأنّ له الأخذ بالشّفعه فى ظرف تصرّف المتعاطى فيما بيده، بأنْ يكون الحقّ ثابتاً له بشرط تصرّف الطّرف، كما ذكر المحقق الخراسانى: من أنّ المعاطاه مملّكه بشرط التصرف أو التلف، نظير بيع الصرّف والسّلم، فهو، وإلّا فلا مناص من التسليم بالإشكال.

وأمّا الرّبا، فإن المفروض قصدهما البيع وأنّ الشارع قد رتّب الإباحه، لكنّ ترتيبه الإباحه إنما يكون فى المعاطاه الشرعيّه الصحيحه، فإذا كانت المعاوضه ربويّه فهى منهيٌّ عنها، لأنّ أدلّه حرمه الربا جاريهٌ فى كلّ معاوضه بين المتجانسين مع التفاضل، فتكون جاريه فى المعاطاه، وحينئذٍ، لا معنى لترتّب الإباحه عليها.

وأمّا الوصايا، فالجواب عن الإشكال فيها ظاهر ممّا سبق، إذ نلتزم بأنّه بالموت يعتبر الملكيّه.

وأمّا الغنى والفقر، فالغنيّ من كان واجداً لمؤنه السنه، سواء كان مالكاً أو مباحاً له، والفقير من ليس واجداً للمؤنه مطلقاً.

القاعده الثالثه

قوله:

ومنها: كون التصرّف من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرّف.

أقول:

فالغرابه من جهتين: أمّا الجهه الأولى فهى: أنْ يكون تصرّف أحدهما التصرّف المخرج عن الملكيّه - كالبيع - سبباً لتملّك الآخر لما فى يده، وهذا ليس بغريبٍ فقط بل هو مستحيل، لأنّه إذا باع ما أخذه بالمعاطاه، فقد أوجد ببيعه السّبب لملكيّه نفسه ولملكيّه غيره، فيلزم اجتماع الضدّين فى آن واحدٍ، وإذا أعتق ما أخذه بالمعاطاه، فقد أوجد بتصرفه العتقى ما يكون سبباً لملكيّه نفسه وللخروج عنها، فيلزم اجتماع النقيضين، ولو أوقفه فاللّازم اجتماع الضدّين، إنْ كان الوقف تمليكاً، أو اجتماع النقيضين إنْ كان تحريراً.

ص:٢١٢

وأمّا الجهه الثانيه، فبيانها: إنه لو تصـرّف أحدهما، فإن بقى الشـىء فى الجانب الآخر على إباحته، لزم جواز رجوع المتصـرّف فى إباحته، لأنّ كلّ مباح فيجوز أن يسترجعه المبيح، فيكون الشـىء الذى كان ملكاً له بالتصـرّف قد دخل فى ملكه مجّاناً، وإنْ كان تصرّفه موجباً لتملك الآخر للشىء الذى بيده، لزم دخول الشىء فى الملك بلا سبب.

وقد أجاب الشيخ:

وأمّا كون التصرف مملّكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.

أقول:

يريـد رحمه اللّه: أن ذلـک مقتضـى الجمع بين أصـاله عـدم الملک أو استصـحاب بقاء كلٍّ من المالين فى ملک صاحبه وما دلّ على جواز مطلق التصـرّفات فى المأخوذ بالمعاطاه، وأدلّه أنْ لا بيع ولا عتق ولا وطى إلّافى ملک، فإنّه بالجمع بينها يستكشف أنّ الشارع قد اعتبر الملكيّه آناًمّا قبل حصول التصرّف المخرج عن الملكيّه.

وعلى الجمله، ليس التصرّف بنفسه مملّكاً، بل إن مقتضى الجمع بين الأدلّه المزبوره، هو الاستكشاف عن دليل.

وهذا هو الجواب عن الجهه الثانيه.

وأمّا الجهه الأولى، فلم يجب عنها.

ويمكن أن يقـال: إنّه ليس للـدليل القـائم على مملكيّه التصـرّف دلالـه على كون ذلـک بالمجّان، بل هو مملّک بالعوض، فيـدلّ بالإلتزام على أنّ ما بيد الطّرف الآخر ملک له كذلک، أو يقال - كما ذكر المحقق الخراسانى - بأنّ المعاطاه تفيد الملكيّه بشرط التصرّف من أحدهما فيما بيده، كما فى الصرّف والسّلم حيث يشترط الملكيّه فيها بالقبض، إلّاأنا لم نوافق على ما ذهب إليه.

القاعده الرابعه

قوله:

ومنها: جَعل التلف السّماوى من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر... .

أقول:

ما قال هنا: مع غرابه أنْ يكون التلف مملّكاً، لأنّ حصول الملكيّه بالتلف مستحيل، إذ لا معنى لها فى آن التلف، وبعده لا موضوع لها.

ووجه الإشكال هو: إن التلف بيد أحدهما ليس بسببٍ لتملّك الآخر لما بيده، وحينئذٍ، يكون صاحب المال الموجود مالكاً لما بيده بلا سبب شرعى.

وقد أجاب الشيخ قدّس سرّه:

قوله:

وأمّا كون التلف مملّكاً للجانبين، فإنْ ثبت بإجماع أو سيره - كما هو الظاهر - كان كلٌّ من المالين مضموناً بعوضه... .

أقول:

أى: إن مقتضى قاعده على اليد أنْ يكون كلّ ما حلّ فى يد أحدهما مضموناً عليه، وعليه تسليمه إلى صاحبه، فإن تلف كان عليه المثل إن كان مثّلياً، وإلّا فالقيمه، فما فى كلام بعضهم (۱) من تفسير الحديث بمطلق الضّمان، سهو من القلم.

لكنّ الإجماع قائم على وجوب المثل أو القيمه فى مورد المعاطاه، ومقتضى الإستصحاب عدم الملكيّه، والجمع بين قاعده اليد والإجماع

۱- ۱) حاشيه الإصفهانى ۱ / ۱۲۵.

والإستصحاب يكشف عن حصول الملكيّه آناًمّا قبل التلف.

قوله:

نظير تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع، لأنّ هذا هو مقتضى الجمع... .

أقول:

فقد ورد النصّ على أن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه (١)، حيث أنّ ما بيد البائع ملك للمشترى، فإن تلف قبل أن يقبضه البائع إيّاه كان من مال البائع، وعليه إرجاع الثمن الذى أخذه من المشترى، مع أنّ مقتضى القاعده أنه إن كانت يده أمانيّه فلا شىء عليه، وإن كانت عدوانيّه فالمثل أو القيمه، فمن النصّ يستكشف أن البيع ينحلُّ قبل التلف آناًمّا، ويرجع المال إلى ملك صاحبه، فالتلف فى ملكه وعليه ردّ الثمن.

والحاصل: إن التلف فى يد أحدهما يكشف عن حصول الملكيّه له قبله آناًمّا، وحصول الملكيّه لهذا يستلزم حصولها للطرف الآخر بالنسبه إلى ما بيده، فالتلف من أحدهما يكون مملّكاً للآخر.

قوله:

ومع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب - لأنّه تملّك بالغصب أو التلف فى يد الغاصب - غريب، والقول بعدم الملك بعيد جدّاً، مع أنّ فى التلف القهرى، إنْ ملك التالف قبل التلف فهو عجيب، ومعه بعيد لعدم قابليّته، وبعده ملك معدوم، ومع عدم الدخول فى الملك، يكون ملك الآخر بغير عوض، ونفى الملك مخالف للسّيره وبناء المتعاطيين.

١- ١) عوالى اللآلى ٣ / ٢١٢، باب التجاره، الرقم ۶٩.

أقول:

فههنا إشكالات:

أحدها: أنه لو غصب المال من يد المتعاطى، كان له المطالبه مع أن الفرض كونه مباحاً له وليس بملك.

والثانى: إنّ له أخذ المثل أو القيمه من الغاصب فى حال تلف العين عنده، مع أنّ ذلك من حقّ المالك وهو ليس بمالك.

أجاب الشيخ:

وأمّا ما ذكره من صوره غصب المأخوذ بالمعاطاه، فالظاهر على القول بالإباحه أنّ لكلّ منهما المطالبه مادام باقياً، وإذا تلف، فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف: تلفه من مال المغصوب منه، نعم، لو قام كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

أقول:

توضيحه: إن المفروض كون المعاطاه مفيدةً للإباحه، فالمال الذى بيد المتعاطى ملك الغير، فإذا تلف بالتلف السّماوى كان مقتضى قاعده اليد دفع المثل أو القيمه، لكنّ الإجماع قام على عدم الضمان مطلقاً، فإمّا يخصَّص به عموم القاعده، بأنْ يكون المعنى: إلّاالتالف بيد الآخذ بالمعاطاه، وإمّا أنْ يكون المورد خارجاً بالتخصّص، بأنْ يكون الإجماع كاشفاً عن حصول الملكيّه آناًمّا قبل التلف، فالمال تالف فى ملكه وهو خارج موضوعاً عن القاعده، فيكون أمر الإجماع دائراً بين التخصيص والتخصّص، وقد تقرّر تقدُّم التّخصّص، فهو نظير ما تقدّم من أنّ كلّ مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه.

ووجه الالتزام بالملكيّه آناًمّا - لا الملكيّه على إطلاقها - هو الجمع بين

ما ذكر والاستصحاب، المقتضى بقاء المالين فى ملك صاحبيهما. وقد كان يلزم ضمّ أمر آخر، وهو: إنّه لمّا كان تلف المال واقعاً فى ملك من كان بيده، فإنّ هناك ملازمةً بين مالكيّه هذا ومالكيّه الطرف لما بيده، فيكون مالكاً للمال الموجود عنده.

أقول:

أمّا التنظير، ففيه: إن النصّ يدلّ بالمطابقه على حصول اعتبار كون التالف من مال البائع حقيقةً، فكأن لزوم البيع كان منوطاً بعدم التلف، فإذا تلف كان منحلّاً.

وأمّا أصل المطلب، ففيه: إنه لا مجال للتمسّک هنا بقاعده اليد، لأن لفظ الخبر أنّ على اليد «ما أخذت» لا «ما اعطيت» كما نحن فيه، فلو اعطى شخص ماله غير الذهب والفضّه لآخر عاريةً وحصل فيه تلف قهرى، فلا ضمان، لأن مدلول الحديث ثبوته فيما لو أخذت اليد مال الغير بدون إذنه، ومانحن فيه ليس كذلك، لأن المفروض حصول المعاطاه. وبالجمله، لا مجرى هنا للقاعده أصلاً، ولا نعلم للتمسّک بها وجهاً. هذا أوّلاً.

وثانياً: لو سلّمنا جريان القاعده، فما أفاده الأكابر - ومنهم بعض الأساتيد (1) - من أن مقتضى التمسّک بعموم «على اليد» وهو من الأمارات، ثبوت لازمه وهو التخصّص والخروج الموضوعى، فيه: إنّ الدليل اللّفظى إنّما يثبت لازمه فى ثلاثه موارد فقط، وهى:

١ - أن يكون بين اللّازم وملزومه علّيه، لكون الحجّه على اللّازم حجّه على الملزوم وبالعكس.

١- ١) حاشيه المكاسب للإصفهانى ١ / ١٢٤.

٢ - أن يكونا ضدّين لا ثالث لهما، فالحجه القائمه على أحدهما حجّه على عدم الآخر.

٣ - أن يكونا معلولين لعلّهٍ واحده، ومرجعه إلى الأوّل، والسرّ واضح، لأن الحجه على أحد المعلولين حجّه على العلّه، والحجّه على العلّه حجّه على المعلول الآخر.

وفى دوران الأمر بين التخصيص والتخصّص، كما لو قال: أكرم العلماء ثم قال: إضرب زيداً، ودار أمره بين العالم والجاهل، لم يجز التمسّک بالعام، لتكون النتيجه وجوب ضرب زيد الجاهل، لعدم وجود الملاک الذى ذكرناه، وأنه لا يعقل الإثبات فى غير الموارد الثلاثه.

وإذنْ، لا وجه لإثبات الملكيّه آناًمّا قبل التلف، على ما ذكره الشيخ وتبعه عليه غيره.

هذا كلّه فى الإشكال الأوّل.

والإشكال الثانى هو: إن للمتعاطى أنْ يأخذ المثل أو القيمه من الغاصب فى حال تلف العين عنده، مع أنّ ذلک من حقّ المالک وهو ليس بمالک.

أجاب الشيخ:

بأنّ للمالک أن يطالب لكونه مالكاً، وللمتعاطى أنْ يطالب لكونه مباحاً له.

وهذا الجواب وجيه، فما نحن فيه نظير مطالبه الآخذ عاريهً، حيث أن لكلٍّ من المالک والآخذ حق المطالبه، هذا فيما إذا كانت العين موجودهً بيد الغاصب، ومع تلفها فإطلاق كلامهم بأنّ التلف يوجب الملكيّه شامل لما نحن فيه، فيكون للمتعاطى المطالبه بالمثل أو القيمه لكونه المالک حينئذٍ.

والإشكال الثالث هو: إنه إذا كان التلف سبباً للملكيّه، فمتى تكون هذه

السببيّه؟

إن كان حصول الملكيّه متقدّماً على التلف الحاصل بعدها، لزم تأخّر العلّه عن المعلول.

وإنْ كان حصولها مقارناً للتلف، لزم عروض الملكيه على المحلّ فى آن انعدامه.

وإنْ كان حصولها بعد التلف، لزم تعلّق الملك بالمعدوم.

والجواب – على مسلك الشيخ – إن التلف كاشف عن الملكيّه المتقدّمه، ولا مانع من تأخّر الكاشف عن المنكشف. واللّه العالم.

قوله:

فالقول الثانى لا يخلو عن قوّه.

أقول:

كأنه قد تردّد بين المشكل والأشكل، فمقتضى أصاله عدم الملكيّه بسبب المعاطاه، والشهره القائمه، عدم إفادتها ذلك، ورفع اليد عن الشهره والأصل مشكل. لكن عموم آيه الحلّ والتجاره يقتضيان إفاده المعاطاه الملكيّه، ورفع اليد عنه أشكل.

فقال: لا يخلو الثانى عن قوّه.

أقول: بل هو الأقوى، لأن الأصل لا يقاوم الأماره، ولأنّ الشهره الفتوائيّه ليست بحجّه.

ص:۲۱۹

لزوم المعاطاه

ص:۲۲۱

لزومُ المعاطاه

اشاره

قوله:

وعليه، فهل هى لازمه ابتداءً مطلقاً كما حكى عن ظاهر المفيد، أو بشرط كون الدالّ على التراضى لفظاً كما حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى وقوّاه جماعه من متأخّرى المحدّثين، أو هى غير لازمه مطلقاً، فيجوز لكلٍّ منهما الرجوع فى ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك بل كلّهم عدا من عرفت؟ وجوه.

أوفقها بالقواعد هو الأوّل.

أقول:

فى المسأله ثلاثه أقوال، اللّزوم وعدمه والتفصيل.

ولم يذكر الدليل على التفصيل، ولعلّه مقتضى الجمع بين عموم قوله تعالى «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» الدالّ على صحّه البيع وإفادته الملكيّه مع اللّفظ وبدونه، والإجماع القائم على عدم حصول الملكيه إلّابالإيجاب والقبول اللّفظيين، بأنْ يكون القدر المتيقّن من الإجماع وقوع البيع بالفعل المجرّد عن اللّفظ مطلقاً، وأمّا لو كان الدالّ على التراضى لفظاً، فذاك باق تحت عموم الآيه. وبعباره أخرى: المخصّص القائم على عدم تأثير الفعل - وهو الإجماع - دليل لبّى، فيؤخذ منه بالقدر المتيقّن، وهو الفعل المجرّد من أىّ لفظٍ دالٍّ على التراضى، وأمّا غيره، فالمرجع فيه عموم الآيه.

وكيف كان، فالعمده القولان الأوّل والثالث، وقد اختار الشّيخ الأوّل، واستدلَّ له بوجوه.

ص:٢٢٣

الاستدلال للّزوم بالأصل

قوله:

بنـاءً على أصـاله اللّزوم فى الملک، للشک فى زواله بمجرّد رجوع مالکه الأصـلى، ودعوى أنّ الثابت هو الملک المشترک... بل ربما يزاد استصحاب بقاء علقه المالک الأوّل، مدفوعه. مضافاً إلى إمکان دعوى کفايه تحقق القدر المشترک فى الاستصحاب – فتأمّل – بأن: انقسام الملک إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلافٍ فى حقيقته، وإنما هو باعتبار حکم الشارع عليه... .

أقول:

قـد اسـتدلّ رحمه اللّه بأصـاله اللّزوم، لأنـه مع رجوع المعطى يشـکّ فى زوال الملکيه الحاصـله بالمعاطاه للمتعاطى، فيستصـحب بقاؤها وعدم زوالها برجوع المالک الأوّل.

ثم أشـکل على هذا الاسـتدلال: بأنّ الملکيه الثابته کانت – على الفرض – مردّدةً بين الملکيه اللّازمه والجائزه، فإن کانت الملکيه اللّـازمه المسـتقرّه، فحـدوثها مشـکوک فيه، وإنْ کـانت الحـادثه بالمعاطـاه فارتفاعهـا بـالرجوع متيقَّن، فلا يوجـد شـىء متيقَّن به مشکوک فى بقائه، فلا ينفع الإستصحاب.

قـال: بـل ربمـا يزاد... لأنّـا نشـکّ بـأن علقه الملکيه الثـابته للمالـک الأوّل قبـل المعاطـاه هل زالت بالکليّه أوْلا، فإن کانت زائله فـالملکيّه الحاصـله للمتعاطى مسـتقرّه، وإلّا کان له استرداد ما أعطاه، فإذا استصـحب بقاء العلقه تعبّـدنا بأنّ رجوعه يؤثّر فى زوال ملکيّـه المتعـاطى، وبـه يرتفـع الشـکّ فى نـاحيه ملکيّـه الطرف الآخر بعـد رجـوع المالـک، وإذا جرى الإستصـحاب فيـه، تقـدَّم بالحکومه على استصحاب بقاء ملکيه المتعاطى، لأن الشک فى بقاء ملکيّته

بعد رجوع المالک، مسبّب عن الشکّ فی بقاء علقه المالک، وقد تقرّر تقدّم الأصل السبّبی علی الأصل المسبّبی.

والشیخ لم یُجب عن هذه الزیاده، ولا یبعد أنه لوضوح بطلان استصحاب علقه المالک الأوّل، لأنّ العلقه المتصوّره عباره إمّا عن الملکیّه نفسها أو العلقه التی هی من آثار الملکیّه أی السیطره والسّلطنه، أو أن للملکیّه مراتب، فیحتمل بقاء بعضها بعد المعاطاه، ولا رابع، فهل المراد من العلقه نفس الملکیّه أو آثارها أو بعض مراتبها؟

أمّا أنْ یکون للملکیّه مراتب، فهذا غیر معقول، لأنها أمر اعتباری ولا یعقل المرتبه للأمر الإعتباری، وأمّا أنْ یکون المراد بقاء علقه المالک الأوّل، فهذا معناه تحقّق الملکیّتین فی الشیء الواحد، لأنّ المفروض أن المعاطاه قد أفادت الملکیّه للآخذ، فمع فرض بقاء علقه الأوّل یلزم اجتماع المثلین وهو محال. وأمّا آثار الملکیّه بأنْ تبقی للمالک الأوّل مع انتفاء علقته بالمعاطاه، فمعناه ثبوت الأثر بلا موضوع.

وتلخّص: أنه لا مجال لاستصحاب بقاء علقه المالک الأوّل(۱).

ص:۲۲۵

ثم إنّ الشيخ قد أجاب عن الإشكال بجوابين:

أحدهما: كفايه استصحاب القدر المشترك بين اللّزوم والجواز، لأنّ هذا الجامع بين الملكيّتين متيقّن الحدوث ومشكوك البقاء، فأركان الإستصحاب فيه تامّه، وهو من قبيل القسم الثاني من أقسام الكلّي.

وقد اختلفت الأنظار في وجه التأمّل:

قال المحقق الخراساني: لا مجال لدعوى الكفايه على مختاره من عدم حجيّه الإستصحاب مع الشكّ في المقتضى (۱).

لكنّ الشيخ يرى جريان الاستصحاب في القسم الثاني، فإنْ أراد المحقق المذكور من الشكّ في المقتضى الشك في كون ملاك اعتبار الملكيّه سبباً لاستمرار ودوام الملكيّه وعدم كونه كذلك، فهذا مما لا يقال، إذ ليس المراد من الشكّ في المقتضى في الإستصحاب هو الشك في الملاكات، بل المراد هو الشك في قابليّه المستصحب في حدّ ذاته للثبات والاستمرار في عمود الزمان، لكنّ الملكيّه أمر يدوم كذلك ما لم يأتِ الرافع. وإنْ أراد تصوير سنخين للملكيّه وتقسيمها إلى قصيره العمر وهي الملكيّه المحدوده بعدم رجوع المالك، وطويله العمر وهي الملكيّه التي لا ـ تكون محدوده بذلك، فتكون المحدوديّه بعدم رجوع المالك من مقوّمات ذات الملكيّه. لكنّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لأنّ الملكيّه متى تحقّقت دامت، غير أن الشك

ص:۲۲۶

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۱۳.

فی أنه برجوع المالک الأوّل ترتفع أوْ لا؟ فالشک هو فی الزوال والارتفاع لا فی استعداد المتیقّن من حیث البقاء فی الزمان، کما فی الزوجیّه المردّده بین الدائمه والانقطاعیّه إلی أجلٍ معین، فإنه بعد الأجل لا یستصحب بقاء الزوجیّه، للشک فی استعدادها للبقاء فی عمود الزمان.

وما نحن فیه من قبیل ما إذا دار الأمر بین البول والمنی، فإنه إذا توضّأ ووقع الشک فی بقاء الحدث لأنه إنْ کان الخارج هو البول فقد ارتفع، وإنْ کان المنیّ لم یرتفع، فهنا یستصحب بقاء الحدث المشترک بین الأکبر والأصغر، لأنّ الحدث ممّا إذا وجد یبقی، فإذا شک فی زواله بالوضوء استصحب.

وقیل فی وجه التأمّل: إن استصحاب بقاء الملکیّه للآخذ وهو القدر المشترک، مسبّب عن الشک فی حدوث الملکیّه اللّازمه، وحیث یجری استصحاب عدم حدوث اللّازمه، کان هذا الإستصحاب حاکماً علی استصحاب بقاء الملکیّه (۱).

وفیه:

أوّلًا: لیس الشک مسبّباً عن أن الملکیّه اللّازمه حاصله أوْ لا، بل هو فی أن الملکیّه الحاصله لازمه أو جائزه، ولیس هناک أصل ینقّح أن الملکیّه الحاصله خارجاً من أیّ القسمین.

وثانیاً: سلّمنا، لکن حکومه الأصل السّببی علی المسبّبی مشروطه بکون التسبّب شرعیّاً، والسببیّه هنا حتمیّه، ولا یجری الاستصحاب فیها، لأنّه أصل مثبت.

۱- ۱) انظر حاشیه السید الیزدی ۱ / ۳۵۵.

وقال الميرزا الأستاذ: لعلّ وجهه هو: أن المقصود من الإستصحاب فى القسم الثانى من أقسام الكلّى ترتيب أثر الكلّى، إذ لا معنى لترتيب أثر كلٍّ من الفردين، لأن كلّاً منهما مشكوك فيه، وهنا إذا كان مفاد الاستصحاب هو التعبّد ببقاء القدر المشترك وهو كلّى الملكيّه، كان معناه ترتيب أثر أحد الفردين وهو الملكيّه اللّازمه، إذ ليس التعبد ببقاء الملكيّه إلّالزومها، فترتّب أثر الفرد باستصحاب القدر المشترك، وهو خارج عن استصحاب الكلّى، لأنه تعبّد بالفرد لا بالكلّى (۱).

وهذا الوجه – وإنْ كان لا يخلو عن دقّه – إلّاأن فيه:

أوّلاً: إن الغرض التعبّد ببقاء القدر المشترك – أى أصل الملكيّه – فى الزمان اللّاحق، غير أنه بسبب الاقتران الاتفاقى لعدم تأثير رجوع المالك الأوّل، أفاد الملكيّه اللّازمه، لا أنّ هذا التعبّد عين استصحاب الفرد.

وثانياً: سلّمنا، لكن يكفى استصحاب القدر المتيقّن لجواز تصرّف الآخذ فيما انتقل إليه بالمعاطاه، إذ الملكيّه حكم وضعى، والاستصحاب جارٍ عندنا فى الأحكام الوضعيّه إلّافى موردٍ واحد، وغير جارٍ فى الأحكام التكليفيّه إلّافى موردٍ واحد، والتفصيل فى الاصول.

وتلخّص: صحّه ما ذكره الشيخ فى الجواب الأوّل، وقد ظهر أن لا وجه للتأمّل فيه(۱).

۱- ۱) انظر: المكاسب والبيع ۱ / ۱۶۷.

اللّهم إلّاما ذكره المحقق الخراسانى، بتقريب: أنه قد تقرّر فى الأصول أنّ الشكّ فى الغايه فى الشبهات الحكميّه شكّ فى المقتضى، وفى الشبهات المصداقيّه شك فى الرافع، فمتى شكّ فى تحقق مصداق الغايه خارجاً يستصحب، ولو شك فى أنّ المستصحب مغيّى بغايةٍ شرعاً أوْلا؟ فإنّه لمّا كانت الشبهه حكميّه، يرجع الشك إلى المقتضى، فلا يجرى الاستصحاب.

الجواب الثانى - وهو متينٌ جداً - ومحصّله: إنّ الملكيّه - بأىّ معنىً كانت، وقد تقدّم أن الظاهر كونها «الواجديّه» - أمر اعتبارى، ولا اختلاف فى

ص:٢٢٩

هويّتها وحقيقتها، وإنّما الاختلاف باعتبار حكم الشارع عليه، كأنْ يحكم بعد تحقق الملكيه بأنّ للمشترى أن يحلّ العقد ويفسخه، وهذا فى خيار الحيوان، أو يحكم بأنّ لكلٍّ من البائع والمشترى ذلك، كما فى خيار المجلس، أو يحكم فى الهبه - لغير ذى رحم والتى غير معوّضه - بجواز الاسترداد. فسواء كان الحكم بحلّ العقد أو بجواز الاسترداد، فهو حكم شرعى، مع أنّ الملكيه متحقّقه فى جميع الموارد.

وبعباره أخرى: ليس الجواز واللّزوم من قبيل الفصل المقوّم للماهيّه، ليلزم تعدّد النوع، بل انقسام الملك إليهما انقسام بالعرض، وهما حكمان يطرءان على الملك وليسا بخصوصيّتين منوّعتين له، إذ الحكم الشرعى - سواء الوضعى والتكليفى - قائم بنظر الشارع ولا يكون مصنّفاً أو منوّعاً.

وعلى هذا، فالمستصحب هو شخص الملكيه الحاصله بالمعاطاه، فهل للشارع حكم بارتفاع هذا الفرد الشخصى من الملكيه إذا رجع المالك الأصلى عنها وأنه يجوز الاسترداد أوْ لا؟ فنقول: الأصل بقاؤها وعدم جواز الاسترداد.

هذا، ولا يخفى أن المراد من الجواز فى قولنا الملك الجائز، هو جواز الترادّ أو حلّ العقد، والملك اللّازم عباره عن عدم جواز الترادّ فيه أو حلّ العقد، فما فى كلام المحقق الخراسانى (1) - من أنّه جواز الترادّ، ولا علاقه للبحث بجهه الخيار حتى يقال بأنّ هذا من خصوصيّات السّبب المملّک، فإنه لو كانت الملكيه هنا عباره عن جواز حلّ العقد، أمكن القول بأنه من خصوصيّات السبب المملّک، لكنْ سيأتى أن الجواز المعاطاتى عباره عن

١- ١) حاشيه المكاسب: ١٣ - ١۴.

جواز ترادّ العينين، فيكون من خصوصيّات الملكيّه - غير مستقيم.

لأن الكلام ليس فى متعلَّق التراد أو الرجوع حتى يقال: بأن الرجوع فى العقد موضوعه هو العقد، فيكون الرجوع حلّه وهو من خصوصيّات السبب، والموضوع فى ترادّ العينين هو العين، فهو من خصوصيات الملكيّه، وإنما الكلام فى الجواز الوضعىّ، أى رجوع المالك فيما أعطاه، حتى يكون الشارع مُعتبراً ملكيةً جديدةً للمالك الأوّل وسقوط ملكيّه الآخذ، وهذا الأمر الاعتبارى فى مرتبه متأخره، ولا يعقل أن يكون من الخصوصيّات المنوّعه أو المصنّفه للموضوع فى المرتبه المتقدّمه.

فالكلام فى أنّ الملكيّه صنفان أو أمر واحد؟ ولمّا كان جواز التراد - بأىّ معنىً كان - فى مرتبه متأخره عن الموضوع وهو الملكيّه، فإنه يستحيل أنْ يكون ما هو فى المرتبه المتأخره مقسّماً أو مقوّماً ماهويّاً للموضوع فى المرتبه المتقدّمه، إذ الموضوع بجميع خصوصياته ولوازمه متقدّم رتبه، والحكم الشرعى المتأخّر رتبةً لا يمكن أنْ يكون من الخصوصيّات المقوّمه للموضوع.

إنا لا نقول: بأنّ حكم المعاطاه حلّ العقد وفسخه، بل هو جواز الترادّ، لكن هذا الجواز الشرعىّ ليس من خصوصيّات الملكيّه، وإنه موجب للانقسام الحقيقى، بل هو حكم شرعى يرجع إلى كيفيّه السبب، فإن الشارع يحكم بجواز الترادّ إذا كان البيع بالفعل.

فقوله: موضوع الترادّ هو العين وموضوع الفسخ هو العقد، لا وجه له فى هذا المقام.

ثم إنّ الشيخ استدلّ لعدم اختلاف حقيقه الملكيّه، وأن منشأ الاختلاف وانقسامها إلى الجائزه واللّازمه هو الحكم الشرعى، بأمور:

قوله:

ویدلّ علیه - مع أنه یکفی فی الاستصحاب الشک فی أن اللّزوم من خصوصیات أو من لوازم السبب المملّک، ومع أنّ المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملک فی الهبه اللّازمه وغیرها علی نهج واحد - أنّ اللّزوم والجواز لو کانا من خصوصیّات الملک، فإمّا أن یکون... .

أقول:

ذکر رحمه اللّه ثلاثه وجوه:

أحدها: قوله: یکفی فی الإستصحاب... .

فاعترض (۱) علیه: بأنّ العباره قاصره، لأنّ هذا الکلام لیس بدلیل، وإنما هو عباره أخری عن عدم الحاجه إلی الاستدلال، بل یکفینا فی جریان الإستصحاب عدم العلم بأن الجواز واللّزوم من خصوصیات السبب أو المسبب، وحینئذٍ یقال: کیف یعقل کفایه الشک فی الاستصحاب مع احتمال أن یکون الشک فی المقتضی - لاحتمال کونهما من خصوصیّات المسبب - والشیخ لا یری جریان الاستصحاب معه.

والذی أظنّ: أن غرضه قدّس سرّه: أنّ الشک فی المقتضی هو من باب التخصیص اللّبی، ففی موارد التخصیص اللبّی لابدّ من إحراز المخصّص کی لا یتمسّک بالعام، ومع الشکّ فی تحقّق عنوان المخصّص اللّبی یجوز التمسّک به. فمراده: إنه یکفی فی الإستصحاب الشکّ فی کون الجواز واللّزوم من خصوصیات المسبب أو السبب المملّک، مع أنه علی تقدیر کونهما من خصوصیّات المسبب، یکون الشک فی المقتضی، لأن

۱- ۱) انظر: المکاسب والبیع ۱ / ۱۶۸.

المخصّص المخرج للشك فى المقتضى لبّى لا لفظى، وحينئذٍ يتمسّك بعموم: لا تنقض اليقين بالشک، ويجرى الإستصحاب مع الشک فى کونهما من خصوصيّات السّبب أو المسبّب.

لکنّ غير واحدٍ من الأکابر اعترض عليه: بأنه لا معنى لأن يکون الشک المذکور کافياً لجريان الإستصحاب، مع أنه بناءً على کونهما من خصوصيّات الملک غير جارٍ عنده، لأمره بالتأمّل، فيدور الأمر بين أن يکون من مصاديق مورد جريان الإستصحاب أو من مصاديق مورد عدم جريانه، فکيف يعقل کفايه الشک للجريان؟

والظاهر: أن مراد الشيخ، کما ذکرنا فى استصحاب القدر المشترک، من أنه إنما يتمّ لو کان الأثر مترتّباً على القدر المشترک نفسه، فکذلک هنا، إذ الأمر فى الملکيّه يدور بين الجائزه حتى تکون مرتفعه واللّازمه حتى تکون باقيه، فإن استصحاب البقاء عباره أخرى عن التعبّد بالملک اللّازم، وهذا غير جائز، وحينئذٍ نقول: إن هذا المعنى - أى عدم جواز جريان الإستصحاب فى هکذا مورد - دليل لبّى، وفى موارد الدليل اللبّى فى مورد الشک يجرى الإستصحاب.

ففى نفس الوقت الذى نشک فى أن الجواز واللّزوم من خصوصيّات السّبب أو الملک، نستصحب، لأنه فى مورد کونه من خصوصيّات الملک إنما لا يجرى الإستصحاب بمقتضى الدّليل اللّبى، ولمّا کان مورد الدليل اللبّى غير محرز، فالإستصحاب جار.

الثانى: هو الوجدان، إذ أن الهبه اللّازمه والجائزه على نسقٍ واحد.

يريد: أنّ اللّزوم والجواز لو کانا من خصوصيّات الملک، لوقع الاختلاف فى مقام الإنشاء، فهما ليسا من خصوصيّاته بل من الأحکام الشرعيّه للسبب.

ص:٢٣٣

وفيه: إنه لو كانا من خصوصيّات السبب، لزم ترتّب الأثر على الإنشاء المجمل.

الثالث: إنهما لو كانا من خصوصيّات الملك، فلا محاله يكونان زائدين على مفهوم الملكيّه، وحينئذٍ يقال: هل هذه الزياده هى بجعلٍ من المالك أو من الشارع؟

إن كان من المالك، لزم القول بأنها - أى الملكيّه - فى مورد قصده الرجوع، جائزه، وفى مورد قصده عدم الرجوع لازمه، وهى فى موردٍ لا قصد عنده لا لازمه ولا جائزه، فيدور أمر اللّزوم وعدمه مدار قصد المالك.

وعليه، فلو قصد الرجوع فى الهبه لذى رحم كانت الملكيّه جائزه، والحال أن الهبه لذى رحم لازمه بالضروره من الفقه، وهى للأجنبى جائزه كذلك، سواء قصد الرجوع أوْ لا.

فالخصوصيّتان لا يناطان بقصد المالك.

وإنْ كان بجعلٍ من الشارع، بأن يختلف اعتباره للملكيّه، لزم عدم تبعيّه العقود للقصود، وهذا محال، لأنّ العقود كلّها إمضائيّه، والإمضاء يكون دائماً على طبق الممضى، ولا تختلف دائرته عن دائرته.

وقوله:

وأمكن القول بالتخلّف هنا فى مسأله المعاطاه...

سهو من قلمه الشريف، لأن المعاطاه إنْ لم تفد الملك جاز التخلّف، بأنْ يقصد الملك والشارع لا يمضى، لكنَّ البحث هنا فى اللّزوم وعدمه على مبنى إفادتها للملكيّه، وحينئذٍ فلا معنى للتخلّف(1).

ص:234

وتحصّيل: إن اللّزوم والجواز ليسا من خصوصيّات الملك، بل هما حكمان شرعيّان تكليفيّان مولويّان، وعليه، فالمستصحب هو شخص الملك - لا الجامع بين الجواز واللّزوم - إنْ شك فى بقاء ملكيّه الآخذ بالمعاطاه برجوع المالك الأوّل فيما أعطاه، فيفيد بقاء الملكيه وعدم تأثير الرجوع.

قوله:

وبالجمله، فلا إشكال فى أصاله اللزوم فى كلّ عقد شك فى لزومه شرعاً(۱).

ص:۲۳۵

وكذا لو شكّ فی أن الواقع فی الخارج هو العقد اللازم أو الجائز كالصلح من دون عوض والهبه.

نعم، لو تداعيا احتمل التحالف فی الجمله.

أقول:

إن أصاله اللّزوم أصل محكّم فی الشبهات الحكميّه والموضوعيّه معاً، فلو شكّ فی أنّ حكم الهبه المعوّضه هو اللّزوم أو الجواز، جرت أصاله اللّزوم، ولو شك فی أن الملك الحاصل بالمعاطاه جائز أوْ لازم، فهی جاريه كذلك، وهكذا فی كلّ موردٍ يشك فی الحكم من حيث اللّزوم وعدمه.

ص:۲۳۶

وکذا فی الشبهات الموضوعیّه، حیث یعلم بوقوع العقد ویشک فی أنّ الملکیّه الحاصله لازمه أو جائزه، فإنه یستصحب عدم ملکیّه الراجع عن الملکیّه، وهو مرادف لأصاله اللّزوم معنیً.

قال: لو تداعیا احتمل التحالف فی الجمله.

مقتضی القاعده الأولیّه أن یکون المدّعی هو من یدّعی الهبه، لأن مآل دعواه ثبوت حق الرجوع، وأن یکون مدّعی البیع منکراً، لأن مآل دعواه إلی إنکار حق الرجوع، وعلی المنکر الحلف، فإذا حلف تقدّم قوله. لکنْ قد یحتمل التداعی، إذ ربما یکون لکلٍّ من الدعویین أثر خاصٌّ، ویدّعی کلّ منهما ترتیب الأثر، وحینئذٍ یقع التداعی. فقوله «فی الجمله» أی: فی بعض الأحوال، وهو ما أشرنا إلیه(۱).

ص:۲۳۷

فظهر أنه إن كـان النزاع - فى أن الواقع بيع أو هبه - بلحاظ الجواز واللّزوم، كـان من قبيـل المـدّعى والمنكر، ومقتضـى أصـاله اللّزوم تقدّم قول المنكر بيمينه، وإنْ كان بلحاظ أثر آخر، كان من قبيل التّداعى ولابدّ من التحالف.

وهذا تمام الكلام فى الاستدلال بالأصل للقول بلزوم المعاطاه.

الاستدلال بحديث السلطنه

قوله:

ويدلّ على اللّزوم - مضافاً إلى ما ذكر - عموم قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم:

النـاس مسلَّطون على أموالهم، فإن مقتضـى السـلطنه أنْ لا يخرج عن ملكيّته بغير اختياره، فجواز تملّكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسّلطنه المطلقه.

فاندفع ما ربما يتوّهم...

أقول:

الظاهر أن غرضه هو الاستدلال بحـديث السّـلطنه فى خصوص المورد وهو الشـبهه الحكميّه، وإلّا فقاعده السّـلطنه غير جاريه فى الشـبهه الموضوعيّه حتى وإن دلّ الحديث على اللّزوم، فلو شكّ فى أن العقد الواقع بيع فلا رجوع أو هبه فله ذلك؟ لم يتمسّـك بعمومه، لكونه من التمسّك بالعامّ فى الشبهه المصداقيّه للمخصّص، لضروره خروج الهبه عن تحت

العامّ، والمفروض هو الجهل بالعقد الواقع وأنه مصداق للخارج أو للبيع الباقى تحته.

فمراده من «يـدلّ على اللّزوم» أى فى خصوص الشبهه الحكميّه، - بخلاف الإستصحاب حيث كـان يجرى فى كلتا الشبهتين - ووجه التمسّک به هو:

إنّ الحديث يـدلّ على السّلطنه بقولٍ مطلق، بمعنى أنّ جميع شئون السّلطنه وأنحائها ثابته لصاحب المال ومنها منع الغير عن المزاحمه معه فيها، ولازم ذلک عدم تأثير تلک المزاحمه فى ملكيّته له، فلا أثر لرجوع المعطى، وهو المقصود من اللّزوم.

هذا، ولا يصحّ التمسّک به بتقريب: أنه يدلّ على السّلطنه فى جميع الأحوال والأزمنه، ومن ذلک زمان وحال رجوع المالک فيما انتقل عنه. إذ يرد عليه: إنّ موضوع السّلطنه كما هو ظاهر كلمه «أموالهم» هو المال المضاف إلى الناس بإضافه الملكيّه، فلابدّ من لحاظ حيثيّه «مالهم»، وعنـدما يرجع المعطى فيما أعطاه، نشکّ فى خروج المال وعـدم خروجه عن كونه ملكاً للآخذ، فالموضوع مشكوک فيه، والتمسّک بالحديث من أجل إثبات عـدم الخروج، تمسّک بالحكم فى حال عدم إحراز موضوعه. فالقول بعموم الحديث للأزمنه والأحوال تام، إلّاأنه لا يصلح لإثبات الموضوع فى المقام.

وأمّا الإشكال: بأن معنى الحديث: أنّ الناس غير محجورين من التصرّف فى أموالهم، ولا مساس له بهذا البحث، كما فى تعليقه المحقق الخراسانى (۱).

ص:۲۳۹

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۱۴.

فقد تقدّم الجواب عنه، بأن الحديث مسوق لإثبات السّلطنه، ومعناها التمكّن من الشیء عن قهر، فهو يفيد القاهريّه وهو أمر وجودی وليس فی مقام النفی، نعم، لازم القاهريّه عدم المحجوريّه.

والمهمّ ما أورده بعض الأكابر بما توضيحه: إنّ الموضوع فی الحديث هو «أموالهم»، ومادام هذا الموضوع ثابتاً فالحكم وهو «السّلطنه» موجود، وإذا كان للطرف المقابل حق التملّك، فذاك إخراج موضوعی، ولا مزاحمه أبداً بين دليل الإخراج الموضوعی والحكم المترتب على الموضوع، ولذا، فقد تقرّر فی الأصول أنه لو قال: أكرم العلماء، وجب إكرام زيد وعمرو وبكر... فلو قال: لا تكرم زيداً، وقع التعارض وتقدّم على العام إذا كان أظهر منه وإلّا فلا، أمّا لو قال: زيد ليس بعالم، فإنه يتقدّم عليه حتى وإنْ كان أضعف منه ظهوراً، لأنّه يزاحمه فی الموضوع ورافع له. وأيضاً، فقد تقرّر تقدّم الأصل السببی على المسبّبی بالحكومه، والسرّ فی ذلك أنه رافع للموضوع فی المسببی. وأيضاً، تقرّر أنّ الأماره وارده أو حاكمه على الأصل، وذلك لأن موضوع الأصل هو الشك والأماره رافعه له، ولذا لا يقع التزاحم بين الأصل والأماره أبداً.

وعلى هذا، فمدلول الحديث أنه ما دامت الإضافه الملكيّه موجودةً، فالسلطنه ثابته، أمّا لو قام الدليل على جواز الترادّ فی المعاطاه، أفاد أنّ للمعطی أن يرفع عنوان «أموالهم»، أی الإضافه الحاصله للآخذ بالمعاطاه، فيكون مقدّماً على السّلطنه بالحكومه أو الورود.

والحاصل: عدم دلاله الحديث على إبقاء الإضافه، لأنّ الحكم لا يتكفّل الموضوع لا حدوثاً ولا بقاءً، ومع عدم الموضوع وهو «أموالهم» – كما تقدّم – لا وجه للمزاحمه.

ص:۲۴۰

أقول: وهذا الإشكال دقيق، إلّاأنّ الإنصاف عدم وروده كذلك، لأنّ مفاد الحديث حكم وضعى، لأنه اعتبار للسّلطنه على أموالهم، وقد عرفت أن المراد منها ثبوت جميع مراتبها، فإذا رجع المالك الأوّل، هل تتحقّق الملكيّه له فى ذلك الآن أو فى الآن المتأخر عنه؟ إنه لا ـ ريب فى أن الملكيّه مسبّبه عن الرجوع، فهو فى مرتبهٍ سابقه عليها، وعنوان «أموالهم» فى تلك المرتبه محفوظ والقاهريه موجوده، وحينئذٍ تتحقق المزاحمه بين مدلول الحديث والرجوع، ويكون الحديث مانعاً عن تأثيره.

وتلخّص: تماميّه الاستدلال بالحديث على الوجه الذى ذكره الشيخ(۱).

ص:۲۴۱

الإستدلال بروايه: لا يحلّ مال امرئ

قوله:

ومنه يظهر جواز التمسّک بقوله علیه السّلام: لا یحلّ مال امریء إلّاعن طیب نفسه. حیث دلّ علی انحصار سبب حلّ مال الغیر أو جزء سببه فی رضا المالک، فلا یحلّ بغیر رضاه. وتوهّم: تعلّق الحلّ بمال الغیر، وکونه مال الغیر بعد الرجوع أوّل الکلام. مدفوع بما تقدم، مع أنّ تعلّق الحلّ بالمال یفید العموم...

أقول:

الموجود فی الأخبار: «لا یجوز لأحدٍ أنْ یتصرّف فی مال غیره بغیر إذنه» وفی روایه: «لا یحلّ لمؤمن مال أخیه إلّاعن طیب نفسٍ منه» وفی ثالثه:

«لا یحلّ دم امریء مسلم ولا ماله إلّابطیبه نفسه»(١).

ووجه الاستدلال - كما ذكر الشيخ - إن حليّه مال الشخص لغيره منوطه بطيب نفس صاحب المال، فليس للمالك الأوّل الرجوع فی مال بدون طيب نفس الآخذ واسترجاعه منه: وليس الاستدلال بعموم الخبر بمعنی: أنّه لا يحلّ فی جميع الحالات والأزمنه، حتی يقال: بأن التمسّک بالحديث مع الشک فی بقاء الإضافه المالكيّه بعد رجوع المالک الأوّل، من التمسّک بالعامّ فی الشبهه المصداقيه، بل إنّ مفاد الخبر: انحصار سبب الحليّه بطيب النفس، وعليه، فليس للمالک الأوّل حليّه فی المال إلّابطيب نفس الآخذ. وبعبارهٍ أخری: إذا حصلت المعاطاه وتحقّقت الإضافه الملكيّه للآخذ وكان مصداقاً

ل«مال امرىء»، كان رجوع المعطى تملّكاً للمال بدون رضا المالك. وقول الشيخ فى دفع التوهّم: «مع أنّ...» معناه: عدم نفوذ التصرّف وعدم حليّه التملّك، فهو يعمّ الحكمين: الوضعى والتكليفى، فليس لأحدٍ إخراج المال عن ملكيّه صاحبه.

أقول:

ليس المراد هو الحليّه اللغويّه، لتكون أعمّ من التصرّف والتملّك، لأنّ قوله عليه السّلام: لا يحلّ... قد وقع فى حيّز الإنشاء، وهو إمّا إنشاء للحكم التكليفى أو إنشاء للحكم الوضعى، فالمراد أحد الحكمين، فإنْ كان الحكم التكليفى، عاد الإشكال، إذ التصرّف فى مال الغير لا يجوز، والرجوع يخرج الملك عن كونه للغير، وإنْ كان الحكم الوضعى، تمّ الاستدلال، إلّاأنه لا دليل على تعيّنه.

وبعباره أخرى: إنّ الظاهر كون الاستدلال بما روى عن صاحب العصر عجّل اللّه فرجه من أنه «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف...» فإن كان المراد الجواز التكليفى، فهو أجنبى عن البحث، وإن كان المراد الجواز الوضعى ليدلّ على لزوم ما يشكّ فى لزومه وجوازه، فلا إشكال فيه، لكن تردّد الخبر بين المعنيين مانع من الاستدلال.

وتلخّص: إنه لا يعمّ الحكمين، خلافاً للشيخ.

وقد يمكن توجيه الاستدلال بأنه: لا مجال مع إسناد عدم الحليّه والجواز إلى المال لتقدير لفظ التصرّف ونحوه، وعدم حليّه المال عباره عن عدم تملّكه، فهو ظاهر فى الحكم الوضعى بلا ترديد.

والإنصاف: أن الاستدلال بالخبر مشكل، لأنّه مبنيٌّ على أن تكون الحليّه وضعيّه، مع أنّ التكليفيه أيضاً مراده يقيناً، فيكون اللّفظ الواحد مستعملاً فى

معنيين متباينين، وهو محال. هذا أوّلاً.

وثانياً: إن الحكم - وهو «لا يحلّ» - لا يكون حافظاً لموضوعه، وهو الإضافه المالكيّه المدلول عليها بقوله: «مال امرىء».

الاستدلال بالآيه «لا تَأْكُلُوا...»

قوله:

ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» (۱). ولا ريب أنّ الرجوع ليس تجاره ولا عن تراض، فلا يجوز أكل المال.

والتوهّم المتقدّم في السّابق...

أقول:

إن الأكل كنايه عن التصرّف التملّكي، فلا يجوز في المعاملات إلّاأن تكون تجارةً عن تراض، فإذا وقعت المعامله وأصبح الطرف المقابل مالكاً، لم يجز للمعطي الرجوع أو الفسخ والتملّك لما أعطاه، إلّاأن تكون تجاره عن تراض.

والتوهّم السابق جارٍ هنا، بأنْ يقال: لِمَ لا يكون رجوعه جائزاً وموجباً لخروج المال عن كونه للغير؟ فأجاب الشيخ:

لأنّ حصر مجوّز أكل المال في التجاره إنما يراد به أكله على أنْ يكون ملكاً للآكل لا لغيره.

أي: نستدلّ بجمله المستثنى الدالّه على انحصار الأكل التملّكي في

۱- ۱) سوره النساء: ۲۹.

التجاره عن تراض، فإذا لم تكن، كذلك كان التملّك أكلًا بالباطل، فالرجوع لا عن تراض منهيٌّ عنه.

وقال السيّد فی التعليق على قول الشيخ: «والتوهّم السابق جارٍ هنا» قال:

يعنی مع دفعه (۱).

أقول: لقـد كـان التوهّم السّـابق أنه لا دلاله على اللّزوم، لأنه بالرجوع والفسـخ يرتفع الموضوع وهو كون المال للغير، وكلّ حكم يـدور مـدار ثبوت موضوعه ولاـ يعقـل أن يكون مثبتاً له، لا حـدوثاً ولا بقاءً، ولا منافاه بين خروج المال عن كونه للغير بنحوٍ من الأنحـاء، سواء كـان بـالرجوع أو الفسـخ أو غير ذلـك، فهی نـاهيه عن أكـل مـال الغير بـالمعنى الأعمّ من التصـرّف فيه وتملّكه، إلّابالتجاره عن تراض.

لكنّ شيخنا الأستاذ قال: وفی بعض النسخ المصحّحه: والتوهّم المتقدّم فی السابق غير جارٍ هنا (۲).

أقول: وهـذا ليس ببعيـد، لأن مساق كلام الشيـخ: إن هـذا أكل بنحو التملّك، والآيه تحصـر الأكل كذلك بأنْ يكون تجاره عن تراض. والحاصل:

إن الرجوع والفسخ ليس من التملّك عن تراض، فهو غير جائز ونافذ.

قوله:

ويمكن التمسّك أيضاً بالجمله المستثنی منها... .

أقول:

ويمكن التمسّـك أيضـاً بـالجمله المسـتثنى منها، فإنه - بقتضـی الفهم العرفی - يكون الرجوع فی المال بغير رضا المالك تصـرّفاً وأكلًا بالباطل.

ص:۲۴۷

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۳۵۹.

۲- ۲) حاشيه المكاسب ۱ / ۱۴۱.

قوله:

نعم، بعد أنْ أذن المالک الحقیقی وهو الشارع... .

أقول:

اللّهُمَّ إلّافی کلّ موردٍ أذن الشارع فیه بالتصرّف، کما فی خیار المجلس، فإنّه - لولایته العامّه المطلقه - قد أذن لکلٍّ من المتعاملین بفسخ المعامله ما داما فی المجلس وإنْ لم یرض الطرف الآخر، وکذا فی خیار الحیوان، حیث جعل للمشتری السّلطنه علی فسخ المعامله إلی ثلاثه أیام وإنْ لم یرض البائع، وکذا فی الشفعه، حیث یکون للشریک تملّک الحصّه المبیعه بدفع ثمنها للبائع وإنْ لم یرض المشتری.

قال:

ولذا کان أکل المارّه من الثمره الممرور بها أکلاً بالباطل، لولا إذن المالک الحقیقی.

وبالجمله، فإنه فی الموارد التی جعل صاحب الولایه الخیار أو السّلطنه علی الرجوع، تکون الآیه المبارکه مخصّصهً، أمّا فی غیرها، فهی دالّه علی عدم الجواز.

فهذا وجه الإستدلال، والإنصاف أنه لا بأس به(۱).

ص:۲۴۸

الاستدلال بأدلّه خيار المجلس

قوله:

مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع مثل: قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا.

أقول:

إنّ التعـاطى بيع بالحمـل الشـائع، فالمتعاطيان بيّعان، فلهما الخيار ما لم يفترقا، وإنْ كان هـذا الخيار قهراً عليهما من الشارع، إلّاأنه محدود بما دام كونهما فى المجلس، فإذا افترقا فلا خيار لهما ووجب البيع.

فالخبر يدلُّ على أنْ لا تأثير للرجوع بعد التفرّق من المجلس، وهذا هو اللّزوم.

نعم، هـذا الاسـتدلال يتوقف على أن يكون «الخيـار» فى الخبر أعمّ من فسـخ العقـد والترادّ، أمّـا لو قيـل بـأنّ المراد منه خصوص الفسخ فقط، أشكل الاستدلال به لمنع الرجوع فى المعاطاه، إلّاأنه يمكن دفعه بتنقيح المناط.

فلا بأس بالاستدلال بالخبر للزوم المعاطاه.

الاستدلال بالآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

قوله:

وقد يستدلّ أيضاً بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بناءً على أنّ العقد هو

مطلق العهد كما فى صحيحه عبد اللّه بن سنان، أو العهد المشدّد كما عن بعض أهل اللغه. وكيف كان، فلا يختصُّ باللّفظ، فيشمل المعاطاه.

أقول:

فى تفسير الصافى (١) عن القمى رحمه اللّه عن الصّادق عليه السّلام:

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أى: بالعهود.

ونقل الشيخ عن بعض أهل اللّغه أنّ العقد هو العهد المشدّد (٢).

وفى المفردات: العقد: الجمع بين أطراف الشىء، ويستعمل ذلك فى الأجسام الصّلبه، كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعانى، نحو عقد البيع والعهد وغيرهما... (٣).

وعلى الجمله، فإن العقد هو العهد المرتبط والمشدود بعهدٍ آخر، ولا منافاه بين ذلك المذكور فى الكتب اللّغويّه وما جاء فى النصّ الصحيح.

وممّا يشهد بذلك إسناد «الوفاء» بالعهد فى موارد كثيره من القرآن الكريم، قال تعالى: «أَوْفُوا بِعَهْدِى أُوفِ بِعَهْدِكُمْ» (۴) و «وَ أَوْفُوا بِعَهْدِ اللّهِ إِذا عاهَدْتُمْ» (۵) و «بَلى مَنْ أَوْفى بِعَهْدِهِ وَ اتَّقى» (۶) و «الْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذا عاهَدُوا» (٧)إلى غير ذلك.

فهل المعاطاه عقد؟ وما المراد من الوفاء؟ وهل هذا الأمر إرشادى أو

١- ١) تفسير الصّافى ٢ / ۵ عن تفسير القمى ١ / ١۶٠.

٢- ٢) لسان العرب ٩ / ٣٠٩.

٣- ٣) المفردات فى غريب القرآن: ٣۴١.

۴- ۴) سوره البقره: ۴٠.

۵- ۵) سوره النحل: ٩١.

۶- ۶) سوره آل عمران: ٧۶.

٧- ٧) سوره البقره: ١٧٧.

مولوی؟ وعلی الثانی وضعی أو تکلیفی؟

قیل: العقد - وهو عباره عن العهد المشدّد أو المیثاق المبرم - یعتبر أن یکون باللّفظ، والمعاطاه لا تسمّی عقداً.

ولکنّ کلّاً من اللّفظ والفعل یصلح لأنْ یکون مظهراً للمیثاق الذی تقرّره النفس الناطقه الإنسانیه، والمفروض هو المعاطاه الحاصله بقصد التملیک، فکلّ من الطرفین یقرّر أن یکون ماله للآخر، أو فقل: البائع یقرّر بالمعاطاه أن یکون ملکه للمشتری بعوض، وذاک یقبل بأخذه الشیء ویدفع العوض وفاءً.

وعلی الجمله، فإنّ العقد بالمعنی المذکور فی الروایه واللّغه، صادق علی المعاطاه.

وأمّا الوفاء، فهو عباره عن ترتیب أثر المقتضی علی طبق اقتضائه علی وجه الکمال والتمام، فی مقابل النقض أو النقص.

وربما یتوهّم: أن المقتضی - وهو التملیک والتملّک - أثره هو التسلیم والتسلّم، فیکون «أوْفوا» أمراً بتسلیم ما ملّکه.

لکنه یندفع: بأن الأمر بالوفاء فی الآیه مطلق، وإطلاقه یعمّ جمیع الآثار، ومنها التسلیم والتسلّم، فمن ملّک غیره شیئاً وجب علیه تسلیمه ما ملّکه، لکنَّ عدم التصرّف فی مال الغیر وتوقّفه علی الإذن من الآثار کذلک، فالآیه غیر ظاهره فی خصوص التسلیم والتسلّم.

وربما یتوهّم أیضاً: أن إیجاب الوفاء بالعقد یدور مدار ثبوت العقد ووجوده، والرجوع والفسخ یحلّ العقد فلا یبقی موضوع للوفاء، فالآیه غیر دالّه علی لزوم العقد.

والظاهر: أن هذا التوهّم قد نشأ من أخذ العقد فی الآیه بالمعنی الاسم مصدری، لکنه بالمعنی المصدری، لأن الإنسان یملّک الشیء عند ما ینشیء

العقد لفظاً أو فعلاً، وقولنا: هذا العقد باق، اعتبار. والبقاء الاعتبارى غير العقد الذى وجد فى الخارج.

فمعنى الآيه المباركه: إن العقد الذى حققتموه فى الخارج يجب عليكم الوفاء به، وليس معناها أن الأمر الاعتبارى الذى جعل له البقاء اعتباراً يجب الوفاء به، حتى يقال بارتفاعه بالرجوع أو الفسخ. وبالجمله، فإنّ ارتفاع الموضوع بما ذكر إنما يتمّ لو كان المراد من العقد فى الآيه هو المعنى الاعتبارى الاسم مصدرى الذى يعتبر له البقاء، وقد عرفت أن المراد منها ليس إلّاالمعنى المصدرى، وحينئذٍ، يكون الشىء للطّرف ولا يجوز المعارضه معه بوجهٍ، والرجوع نقضٌ للعهد ومخالف للوفاء، فهو منهيٌ عنه.

وأمّا أن الأمر فيها إرشادى أو مولوى؟ فقد كان للميرزا الاستاذ رحمه اللّه قاعده كليّه فى أنّ الأوامر المتعلّقه بالعبادات لها ظهور ثانوى فى الجزئيّه والشرطيّه، فقوله: إركع، إرشاد إلى أن الركوع جزء من الصّلاه، وقوله:

توضّأللصّلاه، إرشادٌ إلى شرطيّته لها، وكذا الكلام فى النواهى، فقوله: لا تصلّ فى الحرير، لا تصلّ فيما لا يؤكل لحمه، إرشاد إلى المانعيّه.

وأمّا فى المعاملات، فالأمر والنهى بيان لاعتبار وجود خصوصيّهٍ أو عدم وجودها، فإذا قال: لا تغرّ فى البيع، كان المعنى: أن الغرر مفسد للبيع، وإذا قال: بع بالكيل، كان المعنى: إن الكيل شرط.

وعليه، فالآيه المباركه إرشادٌ إلى صحّه العقود وأنها مؤثره شرعاً، وعليه، فلا دلاله لها على اللّزوم.

لكنّ الإنصاف عدم إمكان المساعده على ما ذكره بنحو الإطلاق، وقد كنّا نخالفه فى الدرس ونقول: بأنّ رفع اليد عن ظاهر الكلام فى المولويّه لا يكون إلّابالقرينه، فلولا القرينه على الإرشاديه، فإن مقتضى القاعده إبقاؤه

على الظهور الأوّلى فى البعث والزجر.

وقد أوجب الشّارع بالآيه المباركه ترتيب الأثر على العقد ترتيباً كاملاً، وهو يدلّ بالالتزام على الصحّه، إذْ لا يعقل أنْ يكون الشىء الفاسد يجب الوفاء به وترتيب الأثر عليه، وإذا دلّت الآيه على الصحّه، أمكن القول بدلالتها على اللّزوم، لأنه مقتضى إطلاق الأمر بالوفاء، أى: فى جميع الآثار والأزمنه والحالات، فالعقد لازم سواء فسخ أو رجع أوْ لا.

فالأمر فى بدو الأمر حكم تكليفى، ويدلّ بالالتزام على الصحّه، وهو من جهه الإطلاق، يدلّ على وجوب ترتيب الآثار كلّها، وهذا معنى اللّزوم.

وكان الميرزا الاستاذ يقول: بأنّ قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بنفسه اعتبارٌ للحكم الوضعى، أى اللّزوم.

وهذا وإنْ كان جائزاً، بأنْ يكون من باب ذكر اللّازم وإراده الملزوم، لكنْ لا دليل عليه، بل الصّحيح ما ذكرناه.

وتلخص: أنّ الآيه تدلّ على أنّ كلّ عقد شك فى جوازه ولزومه، فهو لازم، وشمولها للمعاطاه موقوف على صدق «العقد» عليها، وقد تقدّم بيان ذلك.

لكنَّ شيخنا الميرزا كان يقول: بأنها تدلّ على اللّزوم فى العقود اللّفظيّه فحسب، ولا تشمل المعاطاه لعدم كونها عقداً، وتوضيح كلامه قدسّ سره يتمُّ ضمن امور:

١ - إن تمليك الشىء مع الالتزام بذلك بعدم نقضه هو العهد، ولولا هذا الالتزام القلبى لم يصدق عليه عنوان العقد، بل يكون مجرَّد مبادله مالٍ بمال، فالعقديّه منوطه بجهه الالتزام القلبى الباطنى المذكور.

٢ - والأمور الباطنه لا يترتب عليها أثر ما لم تبرز خارجاً، ولذا لا أثر للنّيات و العزائم المجرّده.

۳ – والدلاله الالتزاميّه من أحكام الألفاظ، وأمّا الأفعال فلا دلاله لها.

وعلى ما ذكر، فلو أنشأ مبادله مالٍ بمالٍ باللّفظ، دلّ بالالتزام على الأمر الباطنى المزبور، ولذا يسمّى بالعقد، وأمّا لو أنشأ ذلك بالفعل الخارجى، فقد حقّق المبادله، لكنّ الدلاله الالتزاميّه غير موجوده، فلا تسمّى بالعقد وإنْ كانت تمليكاً.

لكنّ التحقيق: إن العقد عباره عن الإرتباط بين الشيئين، وهو العهد، ولمّا كان التمليك من الأمور الإنشائيّه الناشئه من النفس الإنسانيّه الناطقه، كان عهداً من العهود، ولا حاجه معه إلى عهدٍ والتزامٍ زائد.

وقوله رحمه اللّه: بأنّ العقد له مدلولان: مطابقى، وهو عباره عن مضمون العقد الذى ينشؤه العاقد كمبادله مالٍ بمال الذى هو البيع، والتزامى، وهو عباره عن التعهّد والالتزام بالمضمون.

فيه: أنه إذا كانت العهديّه بلحاظ أنّ مبدء الإنشاء الصّادر هو ما فى الضمير، وأنّ التمليك الذى يحقّقه إنما هو مقتضى عزمه والتزامه، فحينئذٍ لا ـ فرق بين أن يكون المظهر له قولاً ـ أو فعلاً ـ وسيأتى فى مباحث الخيار – فى أنه إذا شرط فى ضمن العقد وتخلّف الشرط – : أنّ التحقيق ثبوت الخيار وعدم بطلان العقد، لأنّ التمليك الحاصل من البائع – مثلًا – يشتمل على التزام باطنى بما فعله، والدليل على ذلك هو ظاهر الحال لا اللّفظ، خلافاً للاستاذ قدّس سرّه، وشرط الخيار يرتبط بظاهر الحال، لا أنّ الملكيّه منوطه بالشرط حتى تنتفى بانتفائه ويبطل العقد، بل الالتزام منوط به، فيكون العقد على حاله مع ثبوت الخيار(۱).

الاستدلال بالحدیث: المؤمنون علی شروطهم

قوله:

وکذلک قوله صلّی اللّه علیه وآله: المؤمنون عند شروطهم، فإنّ الشرط لغهً مطلق الالتزام، فیشمل ما کان بغیر اللّفظ.

أقول:

تقریب الاستدلال - سواء کان لفظ الحدیث: «المؤمنون» (۱) أو «المسلمون» (۲) - أن المؤمن إذا اشترط شرطاً یقف عنده ولا یتخلّف عنه، وهذا هو المدلول المطابقی، وهو حکم تکلیفی ظاهراً، فیجب الوفاء بالشرط ولا یجوز رفع الید عنه.

والقول بأنه (۳) کنایه عن صحّه الشرط أو لزومه: خلاف الظاهر.

إنما الکلام فی الصغری، إذ المعاطاه بیع، ولکنْ هل البیع شرطٌ حتی یجب الوقوف عنده؟

قد اختلفت کلمات أهل اللّغه فی معنی الشرط، فقیل: هو الإلزام والالتزام، وقیل: العهده، وقیل: التعلیق، وقیل: الربط. وفی القاموس: قرار

ص:۲۵۸

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۵ / ۳۰، الباب ۲۰ من أبواب المهور، الرقم: ۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸ / ۱۶، الباب ۶ من أبواب الخیار، الرقم: ۱.

۳- ۳) حاشیه المکاسب للإصفهانی ۱ / ۱۴۸.

يرتبط بالبيع، ولا يبعد أن يكون الأوّل، ولذا يقال فى التكوينيّات: الشرط فى نموّ النبات شروق الشمس عليه، أو الشرط فى تحوّل الماء بخاراً إصابه النار.

أى يلزم ذلك.

وبعباره اخرى: اللّزوم تاره: تكوينى، فيقال: شرط المشى كذا، وشرط الجلوس كذا، وشرط الطبخ كذا... واخرى: جعلى، فيقال: الوضوء، ستر العوره، الاستقبال، شرط للصّلاه... فالصّلاه مرتبطه بهذه الامور، وثالثه:

اللّزوم الحاصل بحسب الجعل، بأنْ يقيّد المتعاقدان التزامهما بالبيع - مثلًا - بشىء كخياطه الثوب.

وعلى ما ذكر، فإن كان الالتزام الابتدائى مصداقاً للشرط، كان البيع شرطاً، إلّاأنّ ذلك غير ثابت لغهً، بل القدر المتيقَّن من الشرط أن يكون العمل مرتبطاً بعملٍ آخر، فيتحقّق اللّزوم والالتزام بين العملين.

فظهر: أن صدق عنوان «الشرط» على «البيع» غير واضح، ففى الاستدلال بالحديث على لزومه نظر(١).

ص:٢٥٩

فی دعوی الإجماع علی عدم اللّزوم؟

قوله:

والحاصل أنّ الحکم باللزوم... . إلّاأن الظاهر فیما نحن فیه قیام الإجماع علی عدم لزوم المعاطاه... .

أقول:

والحاصل: إنه کلّما شک فی لزومه وجوازه، فإنه یبنی علی لزومه بلا ریب.

إلّا أن فی خصوص المعاطاه - مع کونها بیعاً مفیداً للتملیک - دعوی الإجماع علی عدم اللّزوم، وقد ذکر الشیخ بعض الکلمات.

والإجماع فی المقام تارهً: بسیطٌ قد ادّعاه بعض الأساطین (۱) وجامع المقاصد (۲)، وادّعیا أن لکلٍّ من الطرفین الرجوع. واخری: مرکّب، لأن

۱- ۱) شرح القواعد ۲ / ۱۵.

۲- ۲) جامع المقاصد ۵ / ۳۰۹.

الأصحاب بين قائل: بأنّ المعاطاه تفيد الملک، وقائل: بأنها لا تفيده، فالقول بأنها تفيد الملک اللّازم إحداث لقول ثالث.

إلّا أنّ الإجماع المركّب، إنما يتحقّق - كما تقرّر فی محلّه - فيما إذا كان للقولين دلاله التزاميّه على نفی القول الثالث، وإلّا فلا أثر لكون الأمّه على قولين، ولا مانع من إحداث القول الثالث، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وبعباره اخرى: إنه مع عدم الدلاله الالتزاميّه على نفی الثالث، يكون الفقهاء ساكتين عنه، فيكون حكمه حكم الإجماع السكوتی الذی لا كاشفيّه له عن رأی المعصوم أو الدليل المعتبر، ولا يوجد فی المقام هذا الاستكشاف الذی هو ملاک الحجّيه، كما لا يخفى.

وأمّا دعوى الإجماع البسيط ففيها:

أوّلاً: لقد ذكر العلامه: أنّ الأشهر عندنا أنه لابدّ من الصّيغه، وهذه العباره - كعبارتيه فی المختلف والتحرير (1) - ظاهره فی عدم تحقّق الصغرى.

وثانياً: سلّمنا، لكنّه إجماع منقول، وهو ليس بحجّه.

وقال الشّيخ: إن المظنون قويّاً تحقّقه على عدم اللّزوم... .

ومجرّد الظنّ بالإجماع - ولو كان حجةً - ليس بحجّه.

فی دعوى السّيره على عدم اللزوم؟

قوله:

بل يمكن دعوى السّيره على عدم الاكتفاء فی البيوع الخطيره التی... .

أقول:

الإنصاف عدم الفرق - فی السيره المتعارفه بين العقلاء - بين الامور

۱- ۱) تذكره الفقهاء ۱۰ / ۷، مختلف الشيعه ۵ / ۵۱، تحرير الأحكام ۱ / ۱۶۴.

الخطيره والمحقّره.

وقوله: نعم، ربما يكتفون بالمصافقه... .

فيه: إن لفظ بارك اللّه لك ونحوه، ليس إنشاءً للتمليك، فإذا كانوا يكتفون بذلك، فهم بالمعاطاه ينشأون التمليك، والمصافقه وقولهم ذلك يكون بعد الإنشاء.

وقوله: بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع... .

فيه: إن الأمر ليس كذلك، بل يقال للراجع أنك قد بعت وقضى الأمر فلا ترجع، ولذا نرى أن الراجع يلتمس من الطرف الآخر الموافقه على التراد.

وتلخص: أنْ لا مشكله من ناحيه الإجماع والسيره.

وأنّ الأدله على لزوم المعاطاه محكّمه.

وقد ذهب شيخنا الميرزا إلى أنّ مقتضى القاعده عدم لزوم المعاطاه، فقال بأنّ الجواز أو اللّزوم:

تارةً: حكم شرعى، فالشارع هو الحاكم بلزوم العقد أو جوازه بمقتضى الملاک، وفى مثله لا يعقل ارتفاع الحكم أو تحقّق ما يخالف الحكم الشرعى من المتعاقدين، ومن ذلك عقد النكاح وعقد الضمان وجميع موارد الإيقاعات إلا ما شذّ من اللّوازم، وكالهبه غير المعوّضه ولغير ذى رحم، ونحو الهبه من موارد العقود الجائزه بحكم الشرع.

واخرى: حقّى، بأنْ يكون له الحق فى الرجوع أوْ لا يكون له ذلک، وهذا قد يكون بجعلٍ من الشارع، وقد يكون بجعلٍ من المتعاقدين.

والقاعده الكلّيه هى: أنه كلّما لا يقبل الإقاله، فلا يقبل الخيار وحقّ الرجوع، وكلّما يكون قابلًا لذلک بجعلٍ من الشارع أو منها، فهو قابل للخيار والرجوع.

ص:۲۶۳

ثم قال:

إن المتعاملين لمّا يملّكان المال، فكلٌّ منهما يملّك الآخر التزامه بما أنشأه ويكون مسلّطاً عليه، إلّاأنْ يرفع يده عن تسلّطه، وهذا هو الإقاله، ولو اشترط الخيار، فإنْ كان لكلٍّ منهما، فلا تمليك للالتزام، وإنْ كان لواحد، كان من له الخيار مالكاً لالتزام نفسه دون الآخر الذى لم يشترط له الخيار، فإنّ التزامه ملك للطرف.

وعليه، ففى مورد الالتزامات الحقّيه، إذا لم يكن دليل على الّلزوم الحقّى من ناحيه الشارع، فلابدّ من الدليل عليه من ناحيه المتعاملين، فإنْ كان الإنشاء لفظيّاً، دلَّ بالالتزام على تسليطه الطرف الآخر على التزامه بالمنشَأ، وأما إنْ كان التمليك بالتعاطى، فلا توجد تلك الدلاله، وتبقى المعامله قابله للإقاله والتراد، ولا دليل على لزومها.

فمقتضى القاعده: عدم لزوم المعاطاه.

أقول:

إنا لو سلّمنا جميع المقدّمات، فإن الدليل الشرعى قائم على لزوم المعاطاه إذا افترقا، وهو قوله عليه وآله الصّلاه والسّلام: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع.

وبعد التنزّل، فالإستصحاب.

فالمعاطاه - بما هى هى - على تقدير التسليم بالمقدّمات، وسنتكلّم عليها فى الخيارات - غير مقتضيه بنفسها الّلزوم الحقّى والحكمى، ولكنْ حيث لا دليل على جوازها، فإنّ مقتضى الأدلّه والإستصحاب أنها الملك الّلازم، ويكون القول بالجواز محتاجاً إلى الدّليل. واللّه العالم.

ص:۲۶۴

الكلام فی الروایه: إنّما یحلّل الکلام...

قوله:

بقی الکلام فی الخبر الـذی تمسّک به فی باب المعاطاه، تارهً علی عـدم إفاده المعاطاه إباحه التصـرّف، واخری علی عدم إفادتها اللّزوم... وهو قوله صلی اللّه علیه وآله: إنّما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام. وتوضیح المراد منه... .

أقول:

عن خالـد بن الحجّاج - کما فی التهـذیب (1) - أو ابن نجیـح کمـا فی الکافی (2) قال: «قلت لأبی عبـداللّه علیه السّـلام: الرجل یجیئنی ویقول: اشتر لی هذا الثوب وأربحک کذا وکذا.

فقال: ألیس إنْ شاء أخذ وإنْ شاء ترک؟

قلت: بلی.

قال: لا بأس. إنما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام (3).

ولیس قوله: اشتر لی هذا الثوب... توکیلاً له فی الشراء، وإلّا لقال: لک أجره کذا وکذا، بدلاً عن: أربحک کذا وکذا.

وفی قوله: «اشتر لی» احتمالان، أحـدهما: إلزامه بالاشتراء، کنایهً عن أنی قـد اشتریت منک بالفعل ما لیس عندک بربح. والثانی: الطلب منه لأن یشتری لنفسه ثم یبیعه الشیء بربح، فلا تکون المعامله واقعهً بالفعل وإنما هی

۱- ۱) تهذیب الأحکام ۷ / ۵۰، الرقم: ۲۱۶.

۲- ۲) الکافی ۵ / ۲۰۱، الرقم: ۶.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۸ / ۵۰، الباب ۸ من أبواب أحکام العقود، الرقم: ۴.

مواعده ومقاوله. والثانی، لا إشکال فیه دون الأوّل.

قوله:

إن هذه الفقره – مع قطع النظر عن صدر الروایه – تحتمل وجوهاً... .

أقول:

فذکر أربعه وجوه.

وقوله: مع قطع النظر... إشاره إلی أنه لا مجال لشیء من الاحتمالات بالنظر إلی صدر الروایه، لأن الذی فیه هو الکلام المعاملی لا مطلق الکلام واللّفظ.

وأمّا الوجوه:

فالأوّل: أن تکون الحلیّه والحرمه منوطین بالتلفّظ، فلابدّ من النطق الدالّ، سواء بالدّلاله المطابقیّه أو الالتزامیّه، وأنه لا یکفی القصد والنّیه ولا العمل الخارجی، فیکون مدلول الخبر: عدم إفاده المعاطاه الملکیّه.

لکنّ هذا المعنی لیس بمرادٍ کما ذکر الشیخ، إذ مفاد الخبر أنه لیس له أن یبیع الشیء قبل أنْ یشتریه، وأنّ الکلام الواقع فی المعامله محلّل تارهً ومحرّم اخری إذا وقع قبله، کما فی الصحیحه: «عن رجل قال لی: اشتر هذا الثوب وهذه الدابّه وبعنیها، اربحک فیها کذا وکذا. قال: لا بأس بذلک، اشترها ولا تواجبه البیع قبل أن تستوجبها أو تشتریها» (1).

وأورد الشّیخ علی الوجه الأوّل:

أوّلاً: إن قوله: إنما یحلّل الکلام... بمثابه التعلیل للجواب عن السؤال، فلو کان الوجه الأوّل هو المراد، لما کان له ارتباط بالسؤال والجواب.

۱– ۱) وسائل الشیعه ۱۸ / ۵۲، الباب ۸ من أبواب أحکام العقود، الرقم: ۱۳.

وثانیاً: إن انحصار المحلّل والمحرّم باللّفظ یستلزم تخصیص الأکثر، لأن الحیازه محلّله، والمعاطاه محلّله، وغلیان العصیر العنبی محرّم وذهاب ثلثیه محلّل، الهدیّه والهبه و الضیافه محلّل، والسفر محلّل، والحضر محرّم، فالمحلّلات والمحرِّمات غیر اللّفظیّه کثیره فی الشریعه.

وکلامه متین جدّاً.

والثانی: أنْ یکون المعنی: إن الکلام بماله من المضمون، أی المضمون الذی یؤدّی بالکلام، إن کان علی الموازین الشرعیّه، کان محلّلاً، وإلّا کان محرّماً، نظیر الخبر فی المزارعه عن أبی عبداللّه علیه السّلام: «أنه سئل عن الرجل یزرع أرض رجل آخر، فیشترط علیه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر.

فقال: لا ینبغی أنْ یسمّی بذراً ولا بقراً، ولکنْ یقول لصاحب الأرض:

أزرع فی أرضک ولک منها کذا وکذا، نصف أو ثلث أو ما کان من شرط، ولا یسمّی بذراً ولا بقراً، فإنما یحرّم الکلام» (1).

أی: فإذا کان مضمون المزارعه هو المشارکه فی الزرع بأنْ یکون لکلٍّ منهما نصیب، کان الکلام محلّلاً، وإن لم یکن کذلک فالکلام محرّم.

وفیه - کما ذکر الشیخ - أن المورد لیس من المقصود الواحد الذی یُنشأ بمضمونین، بل الذی وقع السؤال والجواب عنه هو المعامله مع من لیس بمالک للشیء، بل علیه أنْ یشتریه ویبیعه بربح. فهذا المعنی لا مناسبه له بالخبر أصلاً.

والثالث: أنْ یکون الکلام الواحد محلّلاً إن وقع فی محلّه، کما فی العقد علی المرأه الخلیّه، ومحرّماً إن وقع فی غیر محلّه، کما فی العقد علی المرأه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۹ / ۴۳، الباب ۸ من أبواب کتاب المزارعه والمساقاه، الرقم: ۱۰.

المعتدّه. أو يكون وجوده محلّلاً، كما لو أذن فى التصرّف، وعدمه محرّماً، كما لو لم يأذن بذلك.

وفى الوافى (۱): المراد من الكلام إيجاب البيع، فلمّا لم يكن عنده الشىء، كان إيجابه محرّماً وعدم إيجابه محلّلاً.

وقد اختار الشيخ هذا المعنى على وجه الوجود والعدم.

وفيه: أن القضيّه الحقيقيّه عباره عن أخذ الكلّى الطبيعى فى الموضوع بإضافه الأمر الوجودى، وليس عندنا قضيّه حقيقيّه اخذ فى موضوعها الأعمّ من الوجود والعدم، على أنّ المحمول الثبوتى يترتّب على موضوع له وجود، وإذ لا يعقل أنْ يكون المعدوم طرفاً للإسناد، لأن النسبه سنخ من الوجود يتقوّم بطرفين ثبوتيين، فإسناد «يحلّل» و«يحرّم» - وهما أمران ثبوتيّان - إلى «الكلام»، إنما هو إسناد إليه بماله من الوجود، فتارةً يؤثّر فى الحلّيه، واُخرى فى الحرمه، ولا يعقل أن يكون المراد من الكلام هنا الأعمّ من الموجود والمعدوم.

وأمّا الوجه الأوّل من المعنى الثالث، ففيه أيضاً: إنه ليس الأمر فى الغالب كذلك، لأنّ الكلام لا يكون سبباً للحرمه أو الحلّيه بل كلّ منهما بسببه، فإنْ لم يكن سبب الحلّيه جامعاً لشرائط التأثير ومنها كون الكلام فى محلّه، أو وجد المانع عنه، فهو غير حاصل، وكان عدم حصوله هو السبب لعدم الحلّيه، لا أن الحرمه مسنده إلى الكلام فى غير محلّه، نعم قد يكون كذلك نادراً، كما فى عقد الزواج، فإنه بالنسبه للخليّه محلّل، وللمعتدّه أو ذات البعل أو التى فى حال الإحرام محرّم.

۱- ۱) الوافى ۱۸ / ۶۹۳.

وتلخّص: عدم تماميّه الوجه الثالث.

وقد وافق شيخنا الميرزا على هذا المعنى، لكن ببيانٍ آخر (۱) هو: إنّ الكلام اذا استجمع شرائط التحليل يحلّل، وإذا لم يستجمعها أو اقترن بشيء من الموانع يحرّم.

ويمكن تأييده بأنه: إذا لم يستجمع الشرائط أو لم تفقد الموانع، لم يكن المحرّم هو الكلام، مثلًا: فى بيع ما ليس عنده، ليس إيجاب البيع محرّماً، بل الواقع عدم الحلّيه لعدم سببها، لا أن الحاصل بالكلام هو الحرمه، إلّاأنه لمّا كان ارتفاع التحريم موقوفاً على وجود سبب الحلّيه - وهو اللّفظ المستجمع - فإنّه إذا عدم سببها اسندت الحرمه إليه، كما تقدّم.

وكيف كان، فالمعنى الثالث أيضاً لا يمكن المساعده عليه.

والرابع: أن يراد من الكلام المحلّل خصوص المقاوله والمواعده، ومن الكلام المحرّم إيجاب البيع وإيقاعه.

لكن فيه: إنه عند المقاوله لا يوجد الكلام المعاملى حتى يقال بأنّ الكلام يحلّل.

وتلخص:

إن الشيخ قدّس سرّه قد ذكر للخبر أربعه وجوه.

فعلى الأوّل: هناك كلامان ومدلولان. وحاصله: أن للّفظ موضوعيّه فى التحليل والتحريم.

وعلى الثانى: هما كلامان والموضوعيّه للمضمون، فالمضمون الكذائى محلّل والكذائى محرّم، وإن كان المقصود فى كليهما واحداً.

۱- ۱) المكاسب والبيع ۱ / ۱۹۰.

وعلى الثالث: هما كلام واحد بما له من المعنى، لكنّ الاختلاف هو من حيث الوجود والعدم تارةً، ومن حيث وقوعه فى محلّه وعدم وقوعه فى محلّه اخرى.

وعلى الرابع: هما كلام واحد، لكنّ السنخ مختلف بأنه إنْ كان كان مقاولةً فمحّلل و إنْ كان معامله فمحرّم.

وقد ظهر، أن لا شيء من الوجوه صحيح.

وذكر المحقق الخراسانى وجهاً خامساً (۱)، واختاره شيخنا الاستاذ (۲)ونسبه إلى صاحب الجواهر (۳) وهو:

إنّ الكلام يحلّل ويحرّم بالإضافه إلى الشخصين وإلى المالين، فإذا أوجب البيع، فالمبيع حلال للمشترى وحرام للبائع، والثمن بعد البيع حلال للبائع وحرام للمشترى.

وهذا مبنيٌّ على أن تكون الحلّيه والحرمه تكليفيين.

وهناك وجه سادس، وهو جعل الحليّه والحرمه وضعيين. وتوضيحه:

إنّ القول أعمّ من الكلام، لأن الكلام هو القول المتضمّن للبتّ والجزم، وهو تارةً: موجب للصّحه، واخرى: موجب للفساد، فالصّحه والفساد مستندان إلى الأمر المنشأ بالكلام.

وحينئذٍ، فمعنى الخبر أحد المعنيين الأخيرين، بأنْ يكون المقصود هو السؤال عن حكم القضيّه، فيقول الإمام عليه السّلام: إن كان قوله لا يوجب سلب الاختيار عنه - بأنْ يكون أنْ شاء أخذ وإنْ شاء ترك - فلا بأس، إنما يحلّل

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۱۵.

۲- ۲) حاشيه المكاسب: ۱۴۹.

۳- ۳) جواهر الكلام ۲۲ / ۲۱۷.

الکلام بالنسبه إلی ما انتقل إلیه ویحرّم بالنسبه إلی ما انتقل عنه، فالمدار فی الحلّیه والحرمه علی إیجاب البیع وهو غیر متحقّق الآن، ولذا قال علیه السّلام: لا بأس.

وهذا هو المعنی الأوّل منهما، ولا بأس به، إلّاأن فیه کلفه التقدیر، بأنْ تجعل الحلیّه، مضافهً إلی ما انتقل إلیه والحرمه إلی ما انتقل عنه.

فالأوجه هو الثانی من هذین الوجهین، یقول علیه السّلام: ألیس إنْ شاء أخذ وإنْ شاء ترک، أی أن اختیاره محفوظ، وحفظ الاختیار کاشف عن عدم تحقّق الکلام البتّی الجزمی، وهو الموجب للصّحه إن کان واجداً للشرائط، والفساد إنْ لم یکن کذلک.

وعلی الجمله، فإن مقتضی القاعده مطابقه الجواب للسؤال، وقد کان السؤال عن حکم المعامله، مع من لیس عنده الثوب فعلاً، بأنْ یشتریه له ویربحه فیه کذا وکذا.

فأجاب الإمام علیه السّلام: بأنه إنْ قصد من «إشتر لی» إیجاب البیع معه بالقطع علی الثوب الذی لیس عنده، فهذا باطل، وإنْ قصد من ذلک الطلب منه، بأنْ یشتری الثوب فیبیعه منه لا من غیره فی مقابل ربح معیّن، فلا بأس، والمهمّ هو أنّ الآمر بالاشتراء مختار، إن شاء أخذ وإنْ شاء ترک، لأنه یطلب من الرجل أن یشتری لنفسه ثم یبیعه منه، وهذا لا مانع منه، وإلّا، فقد أوقع المعامله علی القطع والبتّ علی شیء غیر موجود عند البائع، وهذا غیر صحیح.

فالقول المتضمّن للبتّ والجزم -وهو معنی «الکلام» لغهً - فی هکذا موردٍ مبطل، وإلّا فلا بأس.

هذا معنی الخبر، والظاهر تعدّد الکلام لا وحدته، إلّابناءً علی ما ذکره

ابن هشام فى المغنى (١)، من أنه إذا أعيدت المعرفه، فالمراد شىء واحد، وإذا اعيدت النكره، فالمعنى متعدّد، ومثال ذلك قوله تعالى: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً * إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً».

فإنه بالنظر إليه يتوجّه ما ذكرناه، وهو: إنّ القول على وجه الإبرام والجزم، قد يكون محلّلاً ـ وقد يكون محرّماً، فالكلام فى المزارعه إذا قيل:

لصاحب الأرض كذا وللزارع كذا، محلّل، وكذلك إن قال: بعت، كان محلّلًا، وإنْ قال: فسخت، كان محرّماً.

فهما سنخان من الكلام، أحدهما محلّل والآخر محرّم.

هذا، والخبر – على كلّ حال – أجنبىّ عن بحث المعاطاه مطلقاً بعد سقوط المعنى الأوّل من المعانى التى ذكرها الشيخ.

قوله:

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجهٍ آخر... بأن يقال... .

أقول:

أوّلًا: إن هذا مبنىّ على المعنيين الثالث والرّابع من المعانى الأربعه، وأمّا بالنظر إلى غيرهما، كالذى ذهب إليه المحقق الخراسانى أو الذى اخترناه، فلا يتمّ.

وثانياً: إن هذا الحصر إضافى، فلا يستظهر منه الذى ذكره، نعم، لو كان حصراً مطلقاً لأمكن.

قوله:

إلّا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع... فتأمّل.

١– ١) مغنى اللبيب ٢ / ۶۵۶، الباب السادس.

أقول:

يمكن أن يكون إشارةً إلى ما سيذكره فى التنبيه الثانى من التنبيهات - من أنه يتحقّق المعاطاه بإعطاء الثمن من المشترى وأخذه من البائع، فإنّ أخذ الثمن بيعٌ للمثمن - وحينئذٍ، لا تكون الروايه أجنبيّه عن المعاطاه، هذا أوّلاً.

وثانياً: من أين نستكشف كون الشىء بيد هذا الشخص ملك أوْ لا، فلعلّه كان بيده، لكنْ لا ملكاً له بل أمانةً وضعها المالك عنده، فيشتريه منه لنفسه ثم يبيعه للرجل الذى طلب منه ذلك.

ص:٢٧٣

تنبیهات المعاطاه

اشاره

ص:۲۷۵

قوله:

وينبغى التنبيه على امور:

(التنبيه) الأوّل

اشاره

الظاهر أن المعاطاه قبل اللّزوم على القول بإفادتها الملک بيع... وأمّا على القول بإفادتها للإباحه، فالظّاهر أنها بيع عرفى... وأمّا على ما احتمله بعضهم بل استظهره من أنّ محلّ الكلام هو ما إذا قصدا مجرّد الإباحه، فلا إشكال فى عدم كونها بيعاً عرفاً ولا شرعاً... .

أقول:

موضوع هذا التنبيه هو البحث عن أن الشرائط المعتبره شرعاً فى البيع، من معلوميّه العوضين، ومعلوميّه الكيل والوزن إنْ كانا ممّا يكال أو يوزن، ومن القبض كما لو كان صرفاً أو سلماً... إلى غير ذلک، معتبره فى المعاطاه أوْ لا؟

أمّا على القول الثالث - وهو ما ذهب إليه صاحب الجواهر - من أنّ محلّ الكلام فى المعاطاه ما إذا قصدا مجرّد الإباحه، فلا يعتبر شيء من الشروط، لأنّ الواقع ليس ببيع لا شرعاً ولا عرفاً.

إلّا أنّ الكلام فى دليل الإباحه الشرعيّه مع قصدهما الإباحه، فقال الشيخ:

بأن الدليل هو حديث السّلطنه، الدالّ بعمومه على أنّ لكلٍّ من المتعاطيين إباحه ماله للآخر.

فأشكل على الشيخ: بأنّه لا يرى المشرّعيّه لحديث السّلطنه، فلا يدلّ

على السببيّه الشرعيّه لشىء من الأسباب.

ولكنّه سهو، لأنهما مع قصدها الإباحه، قد أباح كلٌّ منهما ماله للآخر، فهى إباحه مالكيّه وترخيص صرف، فليس فى البين سبب حتى نبحث عن دليل سببيّته.

بل الإشكال الوارد على الشيخ - ولم يتعرّض له أحد فيما أعلم - أنّ هذا الترخيص فى التصرّف إنما هو على وجه التضمين، وكلّ منهما يضمّن صاحبه بالمسمّى، سواء كان أكثر من المثل أو القيمه أو أقل أو كانا متساويين، ولا يعقل أنْ يكون حديثُ السّلطنه هو الدّليل على هذا التضمين، لأن السّلطنه على المال أمر وجعل البدل عن المال أمر آخر.

فلا مناص من تصحيح هذا التضمين بالتمسّک بحديث: «المسلمون عند شروطهم» بأنْ يكون التضمين المذكور تقييداً للإباحه، والتقييد شأنه شأن الشروط، فيشمله الحديث المزبور، ويمكن أن يقال أيضاً بكون التضمين من العهود، فيشمله عموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أى بالعهود(١).

ص:٢٧٨

وعلى الجمله، فإنه من الممكن تصحيح هذا التّضمين، لكنّ أدلّه شرائط البيع لا تجرى فى المعاطاه بناءً على هذا القول، لعدم كون الواقع بيعاً بل هو إباحه بعوض.

هل يعتبر فى المعاطاه شرائط البيع؟

قوله:

وأمّا على المختار من أنّ الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلّا الإباحه؟ وجوه.

أقول:

ذكر هنا ثلاثه وجوه:

الأوّل: اعتبار جميع الشروط، سواء على القول بإفادتها الملك أو الإباحه، وسواء كان دليل اعتبار الشرط هو النصّ أو الإجماع.

والثانى: عدم اعتبارها مطلقاً كذلك.

والثالث: اعتبارها على القول بالملكيه مطلقاً وعدم اعتبارها على القول بالإباحه.

وهناك وجه رابع ذكره بقوله:

ويمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفى وإنْ لم يفد عند الشارع إلّاالإباحه، وبين ما ثبت بالإجماع على اعتبارها فى البيع بناءً على انصراف البيع فى كلمات المجمعين إلى العقد اللّازم.

قوله:

يشهد للأوّل كونها بيعاً عرفاً فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطها فى

البيع، ويؤيّده... .

أقول:

الوجه الأوّل هو المختار عند الشيخ، قال مرّةً: «لا ـ يخلو عن قوّه» ثمّ قال بعد ذلك: «الأقوى اعتبارها» سواء على القول بإفاده المعاطاه الملكيّه شرعاً كما هو المختار، أو القول بإفادتها الإباحه الشرعيّه كما عن المشهور، لأنّ الحاصل هو البيع العرفى، والموضوع لأدلّه اعتبار الشروط هو ما يصدق عليه عنوان البيع عند العرف... هذا كلامه قدّس سرّه.

لكنّا قد أوضحنا سابقاً أنّ انطباق تلك الأدلّه موقوف على ثبوت الموضوعيّه عند الشارع أيضاً، فلابدّ من قبوله إفادتها الملكيّه كذلك، وإلّا فلا يمكن الشمول والانطباق، إذْ لا معنى لأنْ يرتّب الآثار الشرعيّه على ما لا يراه - أو يراه غيره - موضوعاً لها.

فما ذكره سهو من قلمه.

وذكر دليلًا آخر حيث قال:

ولما عرفت من أنّ الأصل فى المعاطاه بعد القول بعدم الملك: الفساد وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللّزوم والعدم، وهو المعامله الجامعه للشروط عدا الصّيغه، وبقى الباقى.

فهما وإنْ قصدا البيع لكنّ الشارع لم يمض ذلك، فهو بيع فاسد ولا يترتّب عليه شيء من الآثار، لكنّ مقتضى الإجماع القائم على الإباحه الشرعيّه فى صوره استجماع الشرائط عدا الصّيغه، هو القول بالإباحه.

وبتقريرٍ آخر: إنهما لمّا قصدا التمليك، فكلّ من الطرفين يسلّم ماله إلى الآخر بعنوان أنه ملك له، وتكون تصرّفاته واقعةً فى ملكه، فكان كلّ منهما مملّكاً لا مرخّصاً، إلّاأنه قد قام الدليل الخارجى على الإباحه، لكنه الإجماع

وهو دليلٌ لبيٌّ - فلو كان لفظيّاً لشمل فاقد الشروط أيضاً - والقدر المتيقّن من الإباحه هو ما إذا كانت المعاطاه التى ليست ببيعٍ واجدةً لجميع شرائط البيع.

إلّا أنه قد تقدّم أنّ الدليل العمده فى المعاطاه هو السّيره العقلائيّه المتّصله بزمن المعصوم وغير المردوعه منه، فإنْ كانت قائمه على جواز التصرّف فيما اخذ بها حتى فى صوره فقد الشرائط المعتبره فى البيع، كانت حجّةً شرعيّةً صالحةً لتخصيص الأدلّه اللفظيّه المعتبره للشرائط، وللتقدّم على دليل اعتبارها إنْ كان لبيّاً، لقصوره عن الشمول لمورد السّيره، فتكون السّيره حينئذٍ هى الدّليل على جواز التصرّف فى المأخوذ بالمعاطاه الفاقده لبعض الشرائط.

وبالجمله، إنْ تمّ قيام السّيره على جواز التصرّف مع فقد بعض الشرائط، فهى الدّليل على القول بالإباحه، خلافاً للشيخ القائل بعدم الدّليل، وأمّا على القول بإفادتها الملكيّه، والأدلّه المعتبره للشرائط لفظيّه، فالسّيره مخصّصه.

فإنْ قلت: لِمَ لا تكون الأدلّه المعتبره للشرائط فى البيع رادعةً، لأنّ المعاطاه بيع.

قلت: رادعيّتها عن السّيره منوطه بعدم كونها مخصَّصةً بها، لكنّ عدم التخصيص منوط بكونها رادعه... وهذا دور.

فإنْ قلت: حجيّه السّيره هنا متوقّفه على كونها مخصِّصةً للعمومات المعتبره للشرائط، وكونها كذلك موقوف على عدم شمول العمومات لمورد السّيره، وهذا موقوف على كونها مخصّصةً، فكون السّيره مخصّصه دوريّ.

قلت: قد أجبنا عن ذلک فى الاصول فى مباحث خبر الواحد، وفى

الإستصحاب، وذكرنا ملخّص ذلك فى المباحث المتقدّمه.

هذا غايه ما يمكن أن يقال فى المقام.

لكنّ الإنصاف عدم تماميّه ما ذكر، لأنّ السّيره بما هى ليست بحجّهٍ، وإنما حجيّتها من أجل كاشفيّتها عن تقرير المعصوم إن كانت عقلائيّه أو قوله إنْ كانت متشرّعيّه، ولولا إحراز ذلك لم يكن لها حجيّه، وهو مع وجود العمومات المعتبره للشرائط فى البيع - والمفروض كون المعاطاه بيعاً - مشكل.

ولا فرق بين القول بأنّ المعاطاه تفيد الملك اللّازم أو الجائز، والقول بأنّ حصول الملكيه شرعاً منوط بالتصرّف أو التلف، والقول بعدم الإناطه كما هو الحق.

وأمّا بناءً على ما ذهب إليه بعض الأكابر من أنها معاوضه مستقلّه تفيد الملك، وما ذهب إليه المشهور من أنها تفيد الإباحه لا الملك، فالمعاطاه ليست ببيع، فلا يعتبر فيها ما يعتبر فيه.

ثم إنّ الشرائط المعتبره فى البيع على ثلاثه أقسام، لأن الدّليل على اعتباره، إمّا هو النصُّ المعتبر، أو النصُّ غير المعتبر، أو الإجماع. فهل جميع الشرائط معتبره فى المعاطاه أو فيه تفصيل؟

أمّا ما قام على اعتباره النصّ المعتبر، فلا إشكال فى اعتباره فى المعاطاه مع قصدهما البيع وكونها بيعاً شرعاً.

وأمّا ما ثبت بالإجماع، فربّما يقال بأنّ القدر المتيقّن منه هو ما إذا كان المعاطاه بيعاً لازماً، وأمّا على القول بكونها بيعاً جائزاً - كما عليه المشهور - ففى تقيّد حليّته الوضعيّه بما قام عليه الإجماع شكّ، والأصل عدمه.

وأمّا ما ثبت منها بروايهٍ ضعيفهٍ عمل بها المشهور، فإنْ كان عمل

المشهور بها كاشفاً عن صدورها عن المعصوم، كانت كالنصّ المعتبر سنداً، وإلّا بل يظنّ بصدورها بسبب عمل المشهور بها، فحكمها حكم الدّليل اللّبى، فيؤخذ بالقدر المتيقّن وهو ما إذا قلنا بأنّه بيع لازم.

وهذا تمام الكلام فى المقام.

هل يجرى حكم الرّبا فى المعاطاه؟

قوله:

وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرّبا فيها أيضاً وإنْ خصّصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيده للملك، لأنّها معاوضه عرفيّه وإنْ لم تفد الملك، بل معاوضه شرعيّه كما اعترف بها الشهيد... .

أقول:

وهل يجرى الرّبا فى معاطاه المكيل والموزون؟

الأقوال فى المعاطاه أربعه:

أحدها: إن المتعاطيين ينشآن البيع والتمليك، لكنّها لا تفيد شرعاً إلّا الإباحه.

والثانى: إنّها تفيد البيع والتمليك شرعاً، وهل هو لازم أو جائز؟ قولان.

والثالث: إن المعاطاه معاوضه مستقلّه وليست ببيع.

والرابع: إنهما يتعاطيان بقصد الإباحه لا البيع والتمليك.

أمّا على القول: بأنها بيع وتفيد الملكيّه – مع قصد المتعاطيين ذلك – فلا إشكال فى جريان الرّبا، لأن القدر المتيقّن من الرّبا كونها فى البيع، والمفروض أن المعاطاه – على التقدير المذكور – بيع، ولا فرق بين أنْ تكون الملكيّه جائزه أو لازمه، ولا فرق أيضاً بين أن تجعل الملكيّه منوطةً

بالتصرّف أو التلف، فإنه إذا كانت بيعاً ترتّب الحكم.

وأمّا على القول: بأنها معاوضه مستقلّه، فجريان الربا مبنيٌّ على الخلاف فى أنّ الرّبا مختصّه بالبيع أو تجرى فى مطلق المعاوضات، فعن ابن إدريس والعلّامه فى الإرشاد: الأوّل، والمشهور هو الثانى، لقوله تعالى «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا» (۱)، لأنّ الرّبا هى الزّياده على رأس المال وقد حرّم اللّه الرّبا، سواء كانت المعاطاه بيعاً أو معاوضةً مستقلّه، ومن النصوص الدالّه على ذلك:

۱ - خبر أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السّلام فى حديثٍ: «إنّ على بن أبى طالب كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينه بوسقين من تمر خيبر، لأنّ تمر المدينه أجودهما، ولم يكن على يكره الحلال» (۲).

۲ - وعن أبى عبداللّه عليه السّلام أنه سئل: «أيجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلّامثلاً بمثل...» (۳).

والحنطه والشعير فى باب الرّبا جنس واحد، كما لا يخفى.

۳ - وفى صحيح الحلبى: «الفضّه بالفضّه، مثلاً بمثل، ليس فيه زياده ولا نقصان، الزائد والمستزيد فى النّار» (۴).

فالرّبا جاريه فى المعاطاه حتّى على القول بكونها معامله مستقلّه.

وأمّا على القول: بأنها تفيد الإباحه شرعاً وإنْ قصدا البيع والتمليك، فربّما يقال بعدم جريان الرّبا، لعدم الملكيّه، لكنّ لحرمه الرّبا جهه التكليف والوضع معاً، فبناءً على هذا القول تثبت الحرمه التكليفيّه، وهى بيع فاسد،

۱- ۱) سوره البقره: ۲۷۵.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸ / ۱۵۱، الباب ۱۵ من أبواب الرّبا، الرقم: ۱، وفيه «أدونهما» بدل «أجودهما».

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۸ / ۱۳۸، الباب ۸ من أبواب الرّبا، الرقم: ۲.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۱۸ / ۱۶۵، الباب ۱ من أبواب الصّرف، الرقم: ۱.

وحينئذٍ، لا موضوع للبحث عن الحرمه الوضعيّه.

قوله:

ولو قلنا بأن المقصود للمتعاطيين الإباحه لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الرّبا، لكونها معاوضةً عرفاً. فتأمّل.

أقول:

وهـذا هو القول الأخير، وتقريب الجريان هو: إنه وإنْ قصـدا الإباحه إلّا أنها بعوضٍ، فبناءً على جريان الرّبا فى المعاطاه حتى على القول بأنها معامله مستقلّه تكون جاريةً هنا أيضاً، لما تقدّم من حرمه الرّبا فى مطلق المعاوضات.

لكنّه أمر بالتأمّل.

ولعلّ وجهه: إن المراد من «يستبدل» فى الروايه: إن كان الاستبدال المطلق الشامل للاستبدال من حيث الإباحه أو الملك، كانت الحرمه ثابتةً، لكنّ ظاهر اللّفظ هو بدليّه الشـىء عن الشيء فى حدّ نفسه من جهه المكان لا من حيث عروض شيء عليه، والبدليّه الإباحيّه ليست بـدليّةً عن الشـىء فى حـدّ نفسه، لأن فى الإباحه حيثيّه الترخيص من المالك وليس أحـد المالين بـدلاً عن الآخر، فالإباحه بالعوض ليست إباحه مطلقةً مجانيّه، لكنْ لا دليل على جريان الرّبا فى الإباحه بالعوض، لعدم الاطلاق فى «الاستبدال».

وبالجمله، فإنّ الرّبا تجرى فى مطلق المعاوضات الملكيّه، لا الأعمّ من الملكيّه والإباحيّه.

وتلخّص: إن المعاطاه بيع، والقدر المتيقّن من أدلّه تحريم الرّبا هو البيع، فهى جاريه فى المعاطاه.

هل تجری أحکام الخیار فی المعاطاه؟

قوله:

وأمّا حکم جریان الخیار فیها قبل اللّزوم، فیمکن نفیه علی المشهور، لأنها إباحه عندهم، فلا معنی للخیار، وإنْ قلنا بإفاده الملک، فیمکن القول بثبوت الخیار... إلّاأن أثره یظهر بعد اللّزوم... ویحتمل أنْ یفصّل بین الخیارات المختصّه بالبیع... .

أقول:

عبارته مجمله، ولذا أشکل علیه بعض الأکابر (۱): بأنها إنْ أفادت الملک فهی بیعٌ قبل اللّزوم، فلماذا قال بعد اللّزوم؟

لکنّ الظاهر غفله المستشکل عمّا سیذکره الشیخ فی التنبیه السّابع، حیث نقل عن الشهید الثانی فی المسالک قوله: «اللهم إلّاأنْ یجعل المعاطاه جزء السّبب والتلف تمامه»، فمن ملزمات المعاطاه التصرّف، ومنها التلف، وعلی هذا، فإنّ المعاطاه جزء لسبب، وبعد تحقّق الجزء الآخر - وهو التصرّف أو التلف - یصدق البیع بالحمل الشائع، وأمّا قبل ذلک، فقد تحقق جزء السبب ولا یصدق عنوان البیع.

فالإشکال مندفع.

ویمکن أن یحمل کلام الشیخ علی أنّ المراد هو: إنّ المعاطاه تفید الملک الجائز ویجری فیه الخیار، فإنْ لزم بأحد الملزمات ظهر أثر الخیار، لأنّ الخیار یناسب اللّزوم.

هذا، وتفصیل الکلام بالنظر إلی الأقوال فی المعاطاه أن یقال:

۱- ۱) حاشیه الإصفهانی ۱ / ۱۵۵.

أمّا على القول: بأنّ المتعاطيين ينشآن الإباحه من أوّل الأمر، كما ذهب إليه صاحب الجواهر، فلا معنى للخيار مطلقاً.

وأمّا على القول: بأنها معاوضه مستقلّه، كما حكى عن الشيخ الكبير، ثبت فيها الخيارات الجاريه فى مطلق المعاوضات دون المختصّه بالبيع.

وأمّا على القول: بأنهما ينشآن البيع، لكنّ الشارع لا يرتّب إلّاالإباحه، كما هو ظاهر المشهور، فلا تجرى الخيارات، لأنه بيع فاسد لا يفيد إلّا الإباحه الشرعيّه، والملكيّه إنما تحصل بسببٍ حادثٍ لا بالمعاطاه.

ولا يتوهّم: أن موضوع أدلّه الخيارات هو البيع العرفى، وهو صادق عرفاً على فصل المتعاطيين، فلابدّ من جريان تلك الأدلّه.

وذلك: لأنّ الشارع لا يرتّب حكماً من أحكامه على شىء لم يجعله موضوعاً لذلك الحكم، والمفروض هنا أنّ المعاطاه عند الشارع بيع فاسد، وإنْ كانت عند العرف بيعاً، ولا يعقل أنْ يرتّب حكماً من أحكام البيع على ما هو موضوع عند غيره وليس بموضوعٍ عنده!

وأمّا على القول: بأنّ المعاطاه بيع لكنّها جزء السّبب، والجزء الآخر هو التصرّف الناقل أو التلف، كما حكاه الشيخ عن المسالك، - بمعنى أنْ يقتضى صدق عنوان البيع لكنّه لا يتم إلّابأحد الأمرين، أو هو جزء للمقتضى وأحدهما الجزء الآخر، والتعبير الأوّل أجود، وقريب منه كلام المحقق الخراسانى، إذ جعل المقام نظيراً لبيع السّلف كما تقدّم. وبالجمله، فإنّه بالتصرّف أو التلف يكون بيعاً شرعيّاً - فقال الشيخ: بثبوت الخيار وأنّ أثره يظهر بعد اللّزوم.

والإنصاف: أنه لا يمكن المساعده عليه، لأنه إذا ثبت ظهر أثره عند ثبوته، إذْ لا معنى لانفكاك الأثر عن ذى الأثر، وأمّا إنْ لم يكن ثابتاً وإنّما

المقتضی له موجود، فتحقّقه یکون بعد اللّزوم.

وأمّا علی القول: بأنّهما ینشآن البیع والتملیک، والملکیّه الشرعیّه متحقّقه من أوّل الأمر، لکنّها بیع جائز حتی یجیء شیء من الملزمات فیلزم، کما علیه الشیخ، فالظاهر أن عمومات أدلّه الخیار فی البیع مثل: «البیّعان بالخیار ما لم یفترقا فإذا افترقا وجب البیع» تعمّ البیع اللّازم والجائز، وکذا قوله علیه السّلام: «صاحب الحیوان المشتری بالخیار ثلاثه أیام» فإنه یعمّ المعاطاه المفیده للملکیّه. لکنّ الإجماع قائم علی عدم اللّزوم، فجعل الخیار من الشارع یستلزم اللّغویّه وهو محال.

فالخیارات البیعیّه غیر جاریه فی المعاطاه، علی القول المختار.

اللّهم إلّاأن یقال: بأن الخیار حقٌّ وموضوعه عباره عن حلّ العقد، والجواز - فی قولنا: المعاطاه تفید الملک الجائز - حکمٌ وموضوعه هو الترادّ، فالخیار غیر الجواز موضوعاً وحکماً، ولا یخفی الفرق بین الحق والحکم، من حیث أن الأوّل یصالح علیه ویقبل السقوط والانتقال، بخلاف الحکم.

وربما یقال: لو فرضنا أنّ الخیار والجواز واحد، فِلمَ لا یکونان سببین لمسبَّبٍ واحدٍ هو جواز الترادّ، وقد أجاز الشیخ فی الخیارات أن یکون للخیار الواحد سببان؟

التنبیه الثانی

اشاره

قوله:

إنّ المتیقّن من مورد المعاطاه هو: حصول التعاطی فعلاً ـ من الطّرفین، فالملک أو الإباحه من کلٍّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانبٍ واحدٍ لم یحصل ما یوجب إباحه الآخر أو ملکیّته، فلا یتحقّق المعاوضه ولا الإباحه رأساً... إلّاأنّ الظاهر من جماعه... جعله من المعاطاه... وربما یدّعی انعقاد المعاطاه بمجرّد إیصال الثمن وأخذ المثمن... ثم إنه لو قلنا... أمکن خلوّ المعاطاه من الإعطاء والإیصال رأساً... .

أقول:

الوجوه التی ذکرها الشیخ أربعه:

الأوّل: – وهو القدر المتیقّن کما قال – : الإعطاء فعلًا من الطرفین، سواء قلنا بإفادته الملکیّه أو الإباحه.

والثانی: أن یکون الإعطاء من طرفٍ واحد، فهو من هذا الطرف إیجاب، وأخذُ الآخر هو القبول، فتحقق البیع بإعطاء الواحد، وهو وإنْ لم یصدق علیه عنوان المعاطاه، لکنّه فی حکمها، إذ لفظ «المعاطاه» غیر واردٍ فی آیهٍ أو روایهٍ حتی یدور الحکم مداره، وإنما صحّحنا المعاطاه بعمومات أدلّه البیع، حیث قلنا بأنّها تعمّ الإیجاب الفعلی کالقولی.

والثالث: أنْ لا یکون فی البین لفظ ولا إعطاء فعلی، بل الحاصل مجرّد إیصال الثمن، کدخول الحمّام ووضع الفلوس فی الکوز، ونحو ذلک.

ص:۲۸۹

والرابع: أنْ لا يكون شيء من الإعطاء والإيصال أصلاً، وإنّما الحاصل مجرّد المقاوله بقصد البيع... .

بماذا يتحقق المعاطاه؟

والتحقيق:

إن للوجه الأوّل ثلاثه صور:

الاولى: الإعطاء من الطرفين والثمن غير متشخّص فى الخارج وإنْ كان نقداً من النقود.

والثانيه: الإعطاء منهما، والثمن متشخّص كذلك، فيعطى الشيء فى مقابل الثمن، وهذه الصّوره على قسمين، لأنه:

تارةً: يكون آخذاً بقصد التملّك ويعطى الثمن فى مقابله.

وأُخرى: يكون آخذاً لا بقصد التملّك لكنْ يقصده عندما يدفع الثمن المتشخص المتعيّن.

أمّا الصّوره الاولى حيث الإعطاء من كليهما، بأن يسأله مثلاً: بكم هذا؟ فيقول: بعشره، فيأخذه ثم يخرج العشره من كيسه، فيكون دفع البائع المال إيجاباً وأخذه من المشترى قبولاً، وأمّا إعطاء العشره فأداء لما فى الذمّه.

وأمّا الصّوره الثانيه، حيث الثمن متشخّص فى الخارج، فيعطى المال فى مقابل العشره التى بيد المشترى، فإنْ أخذه بقصد التملّك بالعوض، فقد تحقّق القبول وتمّ البيع، وكان إعطاء العشره تسليماً للعوض الملتزم به وليس بقبول. وإنْ أخذه لا بقصد التملّك بالعوض وإنّما كان مجرّد تناول خارجى للشيء، وأعطى العشره بقصد التملّك، كان القبول متحقّقاً بإعطائها.

فالإعطاء هو القبول، وعلى هذا، فلو أعطاه العشره بقصد التمليك

لا التملّک بالعوض، وقع فاسداً، لأن المتحقّق فی الخارج تملیکان وإیجابان لا تملیک وقبول.

هذا بالنّسبه إلی الوجه الأوّل.

والوجه الثانی یتصوّر بثلاثه صور کذلک:

الاولی: أن یعطی المتاع والثمن نسیئه إلی أجل معیّن... .

فإعطاء هذا إیجاب والأخذ من ذاک قبول، وذمّته مشغوله بالثمن.

الثانیه: أن یعطی المشتری الثمن فیوجب ویکون المثمن فی ذمه البائع إلی أجلٍ، ویکون بأخذه قابلاً، وهذا بیع سلم.

والثالثه: أنْ یعطی المشتری الثمن عوضاً بعنوان الاشتراء، ویأخذه الآخر علی أن یکون بیعاً للمثمن الذی فی ذمّته.

وهـذا ما صوّره الشیخ، ونحن لا یمکننا تصوّره، لأن ذلک قد أعطی بعنوان الاشتراء والآخذ قد أخذ العوض، وکیف یکون أخذ العوض بیعاً للمعوّض، مع أنه لم یحقّق إنشاءً لا فعلاً ولا قولاً بالنسبه إلی بیعه؟

نعم، القرائن الخارجیّه تفید ذلک، لکنّ إنشاء التملیک یحتاج إلی دالّ یدلّ علیه من فعلٍ أو قولٍ، وهو غیر موجود.

واُضیف هنا صوره رابعه، وذلک: إنه ربما یکون المثمن فی ید المشتری، کما لو کان قد استأجر داراً ثم جاء إلی المالک یشتریها منه، فیعطیه الثمن وهو فی الدار، یقول الشیخ: یکون إعطاؤه الثمن اشتراءً وأخذ المالک الثمن بیع، وهذا عندنا غیر تام، لأن البیع یحتاج إلی إنشاء قولاً أو فعلاً وهو مفقود.

نعم، إن التملیک من عالم النفس، فإن کان حقیقه البیع عبارةً عن العزیمه النفسانیّه فقط، والإنشاء قولاً أو فعلاً کاشف ومبرز لتلک العزیمه، تمّ ما ذکره

الشيخ من أنه بالأخذ من المالك يتحقّق.

وأمّا بناءً على أنّ البيع هو أن يتحقّق للعزيمه المزبوره خارجيّه، والخارجيّه لا تتحقّق إلّابالفعل أو القول، فلا يتمّ ما ذكره.

إذن، لا نوافق على كلام الشيخ، لا فى السّلم ولا فى هذه الصّوره.

وصوره خامسه وهى: أن يكون الثمن موجوداً من قبل عند مالك الدار، فلا إعطاء للثمن من المشترى، غير أن المالك يعطى الدار، فهو موجب والمشترى قابل بالأخذ. وهذا لا إشكال فيه أصلاً.

الوجه الثالث، أنْ يكون وصول وإيصال بلا قولٍ وفعل، وقد مثّل الشيخ بما تعارف بين النّاس من أخذ الماء مع غيبه السقّاء والخضروات ونحوها ووضع الفلوس فى المكان المعدّ له، وكدخول الحمام ووضع الاُجره فى الكوز مع غيبه الحمّامى.

ولقد كان الأولى أنْ يقسّم هذا الوجه إلى قسمين. وسيأتى.

ومن أمثله المقام: وضع الأجناس فى المكان الخاصّ بها وأسعارها مكتوبه عليها، فيأتى المشترى ويأخذ ما يريده منها ويضع الثمن فى محلّه المعيّن له.

قوله:

وربما يدّعى انعقاد المعاطاه بمجرّد إيصال الثمن وأخذ المثمن... .

أقول:

ربما يدّعى أن هذا بيع، لأن المناط فى البيع وصول العوضين إلى طرفى المعامله مع تراضيهما، فلا حاجه إلى قولٍ أو فعل.

لكنّ البيع إنشاء تمليك عينٍ بعوض، فلابدّ من الإنشاء، ولا يحقّقه إلّا الفعل أو القول وهذا هو البيع لغهً وعرفاً، وهو المتسالم عليه بين الأصحاب،

فمجرّد الوصول والإيصال ليس ببيع.

نعم، يمكن أنْ يقال: إن وضع المتاع وسعره مكتوب عليه إذنٌ عامٌّ لمن يريد المعامله، بأن يضع الثمن المعيّن فى المكان المعدّ له ويأخذ المتاع ويتملّكه عوضاً عن الثمن الذى يضعه، فإنْ تمّ استكشاف هذا الإذن فى تملّك المشترى، فما ذكره الشيخ تام.

أللهم إلّاأن يقال: بأنه لا يعتبر فى المعامله المعاطاتيّه كلّ ما يعتبر فى اللّفظيّه، بل إنّ نفس وضع المتاع هناك بيع وإعطاء لكلّى المشترى، ثم يتعيَّن هذا الكلّى بمجىء الشخص وأخذه ووضع القيمه فى مكانه.

فإنْ صحّ بشىء من هذه التكلّفات فهو، وإلّا، فالوصول والإيصال لا يحقّق البيع.

وأمّا لو كان وصول ولا إيصال، كما لو كانت الدار عند المشترى، وكان لهذا المستأجر مال عند صاحب الدار، فتراضيا بأن تكون الدار للمشترى والثمن هو المال الموجود من قبل لدى صاحبها.

فهذه الصّوره لا تسمّى بيعاً أصلاً.

الوجه الرّابع:

قال الشيخ:

لا يبعد صحّته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك. وأمّا على القول بالإباحه، فالإشكال المتقدّم هنا آكد.

والإنصاف: إن المقاوله بمالها من المفهوم مباينه للمعامله، والقول بأنها نحو من المعامله ممنوع. نعم، لو كان فى ضمن المقاوله إنشاء تمليك وإنْ لم يكن بلفظ بعت وملّكت، كان بيعاً، بناءً على عدم لزوم لفظٍ خاصٍّ فى البيع وأنه يكفى كلّما يتمشّى به البيع.

ص:۲۹۳

وهذا تمام الكلام فی الوجوه.

ولاـ یخفی أنه مبنیّ علی إفاده المعاطاه الملک، وأمّا بناءً علی القول بإفادتها الإباحه، فإن کان المراد الإباحه المالکیّه فلا بأس، لأنها مؤثره بأیّ نحوٍ من الإنحاء افیدت، وإنْ کان المراد الإباحه الشرعیّه، اشکل الأمر فی کثیر من الصّور.

التنبیه الثالث (فی تمیز البائع من المشتری و تمیز العوضین)

قوله:

تميّز البـائع مـن المشـترى فى المعاطـاه الفعليّه مـع كـون أحـد العوضـين ممّـا تعـارف جعله ثمنـاً، كالـدراهم والـدنانير والفلـوس المسـكوكه واضـح، فـإنّ صاحب الثمن هو المشترى ما لم يصـرّح بالخلاف. وأمّا مع كون العوضـين من غيرها، فالثمن ما قصـدا قيامه مقام المثمن فى العوضيّه... فيكون المدفوع بنيّه البدليّه عن الدرهم والدينار هو الثمن وصاحبه هو المشترى.

أقول:

إنه لمّـا كانت المعاطاه بالإعطائين – كما ذكر الشـيخ – فلابـدّ من طريقٍ لتمييز أحـدهما عن الآخر، بخلاف المعامله اللفظيّه، فإنّه باللّفظ يتميّزان، فعقد هذا التنبيه لهذا الغرض(۱).

فتارةً: يكون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، فصاحب الثمن هو

ص:۲۹۵

المشترى فالتّمييز حاصل.

قال الراغب: المشترى دافع الثمن وآخذ المثمن، والبائع دافع المثمن وآخذ الثمن (۱).

لكنّ هـذا بـالنظر إلى الغالب، إذ الثمن غالباً متمحّض فى جهه الماليّه، كالـدراهم والـدنانير، والمثمن غالباً هو المتاع الـذى يطلبه الإنسان لرفع الحاجه، كالثوب يشتريه لأن يلبسه والطعام لأن يأكله، بخلاف الدرهم فإنه بشخصه غير رافع لحاجةٍ من الحاجات.

واخرى: يكون العوضان عينين، قال الشـيخ: فالثمن ما قصدا قيامه مقام المثمن فى العوضيّه، كما لو أعطى الحنطه فى مقابل اللّحم قاصداً أن هذا

۱- ۱) المفردات فى غريب القرآن: ۲۶۰.

المقدار من الحنطه يساوی درهماً هو ثمن اللّحم، فیصدق عرفاً أنه اشتری اللّحم بالحنطه.

هذا کلامه.

فإنْ قیل: أیّ تأثیر لقصد أنّ هذا المقدار من الحنطه یساوی درهماً فی أن یکون هذا هو المثمن دون الآخر؟

قلت: لعلّه یرید أن الذی یقصد ذلک یلحظ الحنطه مالاً ـ من الأموال ویجرّدها عن خصوصیّتها، فیکون شأنها شأن الدرهم والدینار، فتکون هی الثمن لا محاله.

وبهذا البیان یتّضح مراده من قوله: وإذا انعکس انعکس الصّدق.

قوله:

ولو لم یلاحظ إلّاکون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نیّه قیام أحدهما مقام الثمن فی العوضیّه، أو لوحظ القیمه فی کلیهما... ففی کونه بیعاً وشراءً بالنسبه کلّ منهما... أو کونه بیعاً بالنسبه إلی من یعطی أوّلاً... أو کونها معاطاه مصلحه... أو کونها معاوضه مستقلّه... وجوه. لا یخلو ثانیها عن قوّه... .

أقول:

قد ذکر أربعه وجوه:

أوّلها: کونه بیعاً وشراء بالنسبه إلی کلٍّ منهما، وهذا موافق لکلام الراغب حیث قال: المشتری دافع الثمن وآخذ المثمن والبائع دافع المثمن وآخذ الثمن. هذا إذا کانت المبایعه والمشاراه بناضٍّ وسلعه، فأمّا إذا کانت بیع سلعه بسلعه صحّ أن یتصوّر کلّ واحدٍ منهما مشتریاً وبائعاً... (1).

١- ١) المفردات فی غریب القرآن: ٢٦٠.

إلّا أن كون كلٍّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين غير واضح، لأن البائع هو الذى يملّك بالعوض والمشترى هو الذى يقبل ما فعله البائع، وعليه، فعنوان البائع والمشترى متقابلان، والمتقابلان لا يجتمعان برهاناً، فكيف يعقل أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين؟

يقول الشيخ:

والإشتراء ترک شیء والأخذ بغيره... .

وفيه: إنه يصدق على البائع والمشترى كليهما، بل الاشتراء قبول الشراء بمعنى البيع، فما ذكره لا يمكن المساعده عليه.

والثاني: كونه بيعاً بالنسبه إلى من يعطى أوّلاً، يعنى: إنه يتحقّق التميز بينهما بالأوليّه والثانويّه، لأنّ الذى يعطى أوّلاً يكون اعطاؤه دالّاً على التمليک، والمشترى يقبل تمليک ذاک ثم يعطى ماله إيّاه وفاءً لما التزم به.

أقول: هذا الوجه متين جدّاً، سواء كان العوضان مما تعارف جعله ثمناً كالدراهم والدنانير، أو كان أحدهما من ذلک دون الآخر، أو كان كلاهما من غيرهما.

لكنّه ينتقض: بما لو وقع الإعطاء من كليهما فى آنٍ واحد.

الثالث: كونه معاطاه مصالحه، لأنّ المصالحه بمعنى التسالم على شیء، ولذا حملوا الروايه الوارده فى قول أحد الشريكين لصاحبه: لک ما عندک، ولی ما عندی، على الصلح.

أقول:

فيه: إنه يتوقف على أنه يكون الصّلح غير محتاج إلى الإيجاب والقبول، وأنه يكفى قولهما تصالحنا، فإنْ قلنا بذلک، فلا مانع، وأما على القول:

بأن الصّلح يحتاج إلى القبول كما عليه الأصحاب، فأيّهما هنا الموجب

وأيّهما القابل؟

هذا أوّلاً.

وثانياً: إن الصّلح له معنىً خاصّ لابدّ من انشائه، ولا يكفى التسالم الحاصل خارجاً فإنه نتيجه التصالح، والإعطاء لا دلاله له على التصالح والتسالم، ولا يصلح لأنْ يكون انشاءً.

الرابع: كونه معاوضه مستقلّه خارجه عن العناوين المتعارفه.

وهذا يتوقف على شمول العمومات لمثل هذه المعامله.

وبعد أنْ ذكرنا الوجوه الأربعه فى المسأله، نقول:

هل المراد من الامتياز هو الامتياز الواقعى أو الامتياز فى مقام الإحراز؟

ظاهر كلامه - فيما لو كان أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً أنْ يكون صاحب الثمن هو المشترى - أنه يريد استكشاف الامتياز بينهما فى مقام الإحراز والعلم، لكنّ كلامه - فيما لو كان العوضان من غير الدراهم والدنانير، حيث قال بأن الثمن ما قصدا قيامه مقام المثمن فى العوضيّه - ينافى ذلك، لأنّ القصد وعدمه يتعلّق بالواقع، ولا ربط له بمقام الاستكشاف والإحراز.

وأيضاً، كيف يكون الإحراز والاستكشاف فيما لو كان العوضان من الدراهم والدنانير، أو كان الاعطاء من الطرفين معاً فى آن واحد؟

وتنقيح المقام: أن تمليك المال بعوضٍ يدخل فى ملكه، هو البيع، والبائع من هو متلبّس بهذا المبدء، والمشترى من يقبل فعل البائع ويكون مطاوعاً له، وهكذا يتحقّق التميز الواقعى بينهما، لكن الداعى يختلف، فالبائع غالباً يريد تحصيل الربح، والمشترى غالباً يريد رفع الحاجه بما يأخذ، فالامتياز الواقعى موجود، والامتياز فى الدواعى موجود غالباً، ومقابل الغالب ما ربما يكون للطرفين غرض رفع الحاجه، إلّاأنّ توافق الدّاعى

لا يقتضى ارتفاع التميز الواقعى بينهما.

لكن ما هو الطريق إلى استكشاف هذا التمييز الواقعى؟

الوجهان الأوّل والثانى، يمكن المساعده عليهما، فإنّ ظاهر الحال أن يكون معطى الثمن هو المشترى، حيث يعطيه ليأخذ المتاع ويرفع به حاجته، وصاحب المتاع يريد بيعه وتحصيل الربح بذلك.

فإن قلت: ظهور الحال لا يوجب إلّاالظنّ، والظن فى الموضوعات لا أثر له، بل لابدّ فيها من أماره شرعيّه من البيّنه أو اليد.

قلت: لا يبعد أن يكون الدالّ على حجيّه ظواهر الألفاظ - وهو السّيره العقلائيه - دالّاً على حجيّه ظواهر الأحوال والأفعال، وكذا الذى يقصد قيام ما بيده مقام المثمن فى العوضيّه، إن كان ظاهر حاله هو الإعطاء لأخذ المتاع لرفع الحاجه.

وأمّا حيث يكون كلّ منهما عنده متاع، أو عنده الدّرهم والدينار، ولا ندرى أيّهما المعطى ليأخذ ويرفع به الحاجه، وأيّهما المعطى بقصد الاسترباح، فلا يعقل أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين، لأن معنى البيع هو التمليك بالعوض ودخول العوض فى ملكه، فيقبل المشترى ذلك، فلو كان هذا البائع مشترياً أيضاً كان معناه اشتراء ما تملّكه، وهذا غير معقول.

مضافاً إلى أنّ الاشتراء قبول الشّراء كما تقدّم، وأن عنوان البائع والمشترى متقابلان لا يجتمعان.

أمّا أنْ يكون المعطى الأوّل هو البائع والآخذ هو المشترى، فقد قوّاه الشيخ، وأيّده بعض مشايخنا رضوان اللّه تعالى عليهم(١).

لكن الإنصاف أنْ لا ـ دليل عليه، لأن المفروض هو الجهل بقصدهما التمليك بالعوض، أو أنّ أيّهما الذى قصد ذلك وأيّهما القابل... نعم، غايه ما فى الباب هو أنّ ظاهر الإعطاء الأوّل هو التمليك الابتدائى، والإعطاء الثانى ليس فيه هذا الظهور، لكن ليس فيه ظهور أن يكون قبولاً ـ كذلك، ومجرّد عدم الظهور فى التمليك الابتدائى لا يكفى لأن يكون ظاهراً فى القبول والمطاوعه، ولو فرضنا حصول الظن بذلك، فإن هذا الظن ليس بحجّه.

هذا، مضافاً إلى انتقاضه بما لو أعطيا معاً.

ص:٣٠١

فإنْ علمنا بأن أحدهما المعيّن قصد التمليك بعوضٍ، فواضح أن يكون هذا هو البائع وطرفه هو المشترى، سواء كان هذا القاصد دافعاً أوّلاً أو ثانياً، دفع ديناراً مثلاً أو متاعاً.

وإنْ علمنا بأن أحدهما غير المعيّن قاصد لذلك، فهنا علم إجمالى بأن أحدهما بائع والآخر مشتر ولا أكثر.

وإنْ علمنا أنّ أحداً منهما لم يقصد ذلك، احتمل أن تكون معاوضه مستقلّه(١).

لكن يتوقّف صحّتها على شمول عمومات المعاملات لمثل ذلك، فإنْ قلنا باختصاصها بالمعاملات المتداوله - كما ذهب إليه جمع - كان الواقع باطلاً، وإنْ قلنا بعدم الاختصاص بذلك، فلا مانع.

التّنبيه الرابع (يتصور المعاطاه بحسب قصد المتعاطين على اربعه وجوه و الكلام عليها بالتفضيل)

قال الشيخ قدّس سرّه:

إن أصل المعاطاه - وهو إعطاء كلّ منهما الآخر ماله - يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه... .

أقول:

ذكر الشيخ وجوهاً أربعه، إلّاأن الوجوه بحسب التصوّر أكثر من ذلك:

لأن المعطى، إمّا قاصد للتمليك وإمّا قاصد للإباحه، وعلى كلّ منهما:

العوض، إمّا عوض عن المال الذى يملّكه أو يبيحه الطرف، وإمّا عوض عن نفس التمليك أو الإباحه، والأوّل - العوض عن المال - إمّا هو مال، بأنْ يملّك مالاً عن مال، وإمّا هو فعل من الأفعال.

والعمده من هذه الوجوه: أن يملك مالاً بعوضٍ، أعمّ من أن يكون العوض مالاً، أو يكون فعلاً كهبه مالٍ، أو يكون إباحةً له فى تصرّفٍ له فى مالٍ من أمواله.

ونحن نتعرّض لما تعرّض له الشيخ.

ففى الوجه الأوّل، قال الشيخ:

أن يقصد كلٌّ منهما تمليك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر فى أخذه قابلاً ومتملّكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون فى دفعه العوض إنشاء تمليك بل دفع لما التزمه على نفسه بأزاء ما تملّكه... .

أقول:

يعنى: أن تمليكه بعوضٍ إيجاب، وأخذ الطرف قبول وبه يتمّ البيع،

وإعطاء الثمن بعد ذلک وفاءٌ لما التزم به على نفسه، فمقوّم البیع المعاطاتی هو الإعطاء والأخذ، ولا دخل لإعطاء المشتری فی حقیقه البیع، وعلى هذا، فلو لم یدفع المشتری الثّمن لم یضرّ بمالکیّه البائع، ولو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه... .

فلو کان الإعطاء الثانی قبولاً، لم تکن المعامله متحقّقه بامتناع المشتری من ذلک أو موته أو إفلاسه.

وهنا إشکال: إذ التعبیر عن الإعطاء والأخذ بالمعاطاه مسامحه عند الشیخ نفسه، إذ تسمیه هذه المعامله بالمعاطاه إنما هو اصطلاح فی عرف الفقهاء - مع عدم صدق ذلک علیها لغه - یریدون به المعامله الفعلیّه فی قبال القولیّه، وکأنّ نظره الشّریف إلى ما قرّره النحاه والصرفیّون فی هیئه المفاعله من أنّه: یقتسمان فاعلاً ـ ومفعولاً ـ لفظاً ویشترکان معنىً، هذا هو المشهور بینهم، حتى أنّی أتذکر أنّ الشیخ نجم الأئمه (۱) أیضاً موافق على هذا، وهم یقصدون من ذلک: أنّ هیئه فَعَلَ إنما تدلّ على قیام المبدء بفاعله، وهیئه فاعل تدلّ على قیام المبدء باثنین، فنقول: ضارب زید عمراً، فزید فاعل وعمر مفعول، لکن هذه الفاعلیّه والمفعولیّه صوریّه، أمّا فی المعنى فهما شریکان، أی کلّ منهما فاعل ومفعول، فی قبال التفاعل حیث نقول: تضارب زید وعمر، تضارب زید مع عمرو، تضاربا، إذ لا یقال: ضارب زید وعمرو، ضارب زید مع عمرو، ضاربا.

۱- ۱) هو الشیخ رضیّ الدین محمّد بن الحسن الاسترآبادی الإمامی، المتوفّى سنه ۶۸۶، الملقّب ب«نجم الأئمّه» کما فی کتاب (بغیه الوعاه فی طبقات اللّغویین والنحاه) للحافظ جلال الدین السّیوطی، له شرح الکافیه فی النحو، وشرح الشّافیه فی الصّرف، انظر کلامه فی شرح الشّافیه ۱ / ۹۶ - ۱۰۴، الطبعه المحقّقه الحدیثه.

فما ذكره الشيخ قدّس سرّه مبنى على هذا المشهور بين الصّرفيين.

لكن الإنصاف: أن الأمر ليس كذلك، ففى الكتاب والسنّه واستعمالات الفصحاء موارد كثيره قد استعملت فيها هيئه فَاعَلَ فى المبدء القائم بواحدٍ فقط، مثل: طالع زيد الكتاب، خاطب زيد القوم، ساعد زيد «كَيْفَ يُوارِى سَوْأَهَ أَخِيهِ» (۱)«وَ واعَدْنا مُوسى ثَلاثِينَ لَيْلَهً» (۲) فما ذهب إليه الصرفيّون هنا اشتباه.

نعم، التفاعل يصدر من اثنين، أما المفاعله: فقيام المبدء بواحدٍ متوجّهاً إلى الغير، فالنسبه قوامها بالاثنين لا أن الفعل يصدر من كليهما.

وتلخّص: إن المعاطاه هنا صادقه حقيقهً لا اصطلاحاً أو مسامحهً.

فالإشكال مندفع.

وأورد الميرزا الاستاذ قدّس سرّه بما هذا شرحه: إن البائع والمشترى كلّ منهما مالك لما بيده، فلما يبيع البائع يبدّل طرف الإضافه فى ملكيّته، فتملّكه محفوظ، وإضافه الملكيّه إلى نفسه محفوظه، لكن المتبدّل بالبيع هو طرف الإضافه.

مثلاً: إضافه الملكيّه كانت متعلّقهً بالدار، فالإضافه محفوظه وهو المالك، لكنّ طرف الإضافه، أى الدّار، تبدّل إلى شىءٍ آخر، بخلاف الإرث، فإنّ المتبدّل هناك هو المضاف، والملكيّه والمملوك، محفوظان، وبخلاف الهبه، فإنّ المتبدّل نفس الإضافه، فبالهبه تنقطع الإضافه منه وتتّصل بغيره.

ثم إنّه إن كان البيع لفظيّاً، كان معناه تمليك المتاع بعوض الثمن، فقد بدّل المتاع بالثمن ووضع الثمن فى مكان المتاع، فمعنى بعت هذا بذاك: ملّكتك هذا بأن يكون ذاك قائماً مقام هذا فى ملكيّتى، فالبائع يورد ملك المشترى فى

۱- ۱) سوره المائده: ۳۱.

۲- ۲) سوره الأعراف: ۱۴۲.

ملكيّته عوضاً عمّا أخرجه... والمشترى إذا قبل، فقد قبل هذا الذى فعله البائع.

وأمّا العمل الخارجى، فهو ليس إلا الإعطاء، ولا يدلّ إلّاعلى التسليط الخارجى، ولا يدلّ على غير التمليك، أمّا دلالته على أنّه تمليك فى مقابل عوضٍ يقوم مقام هذا المال المعطى، فلا، فكون العوض قائماً مقام الملك لا دليل عليه لفظى، والفعل لا لسان له.

ثمّ الآخذ، إن كان أخذه بقصد جعل العوض قائماً مقام المعوَّض، فلا دليل عليه، وإنْ كان أخذه بقصد ضمان المثل أو القيمه، فهذا قرض، وإن كان أخذ لا بقصد الضمان فهو قبول للهبه، والمفروض أن البائع لا يقصد القرض والهبه.

إذن، الأخذ ليس قبولاً... فيكون الأخذ مقدّمه لإعطاء الثمن، وإعطاء الثمن هو القبول.

إذن، لابدّ من التعاطى من الطرفين، ولا يكفى الإعطاء والأخذ، ولذا، فلو مات – مثلاً – قبل إعطاء الثمن بطلت المعامله، خلافاً للشيخ القائل بتحقّقها.

لكنّ الإنصاف: أن الحق مع الشيخ، فالإعطاء إيجاب والأخذ قبول، والمعاطاه صادقه.

أمّا أن الفعل الخارجى ليس له لسان، فهذا متين، والمحقّق خارجاً هو التسليط من البائع، حيث يدخل متاعه فى ملك المشترى.

تقولون: أخذه للمتاع ليس بقبول، بل القبول يحصل بأنْ يعطى المشترى الثمن ويدخله فى ملك البائع.

نقول: إذا كان إعطاء البائع إيجاباً منه، وأخذ المشترى ليس بقبول، فإنْ أعطى المشترى، فقد ملّك البائع الثمن وهو يملكه بالأخذ، والمفروض أن

أخـذ البـائع الثمن ليس بقبول، فهنـا قـد تحقق إيجـاب من البائع بلا قبول من المشترى، وإيجاب من المشترى بلا قبول من البائع، فهنا إيجابان، وما الدّليل على أنْ يكون إعطاء المشترى قبولاً ولا يكون إيجاباً، مع أن الفعل لا لسان له كما ذكرتم؟

فإن قيل: هنا قرينه على أن إعطاء المشترى قبول، وأن الذى يعطيه عوض عمّا أخذه.

قلنا: نفس القرينه موجوده على أنّ إعطاء البائع للمتاع كان بعنوان المعوَّضيّه عمّا سيعطيه المشترى.

وبـالجمله، إذا كـان البائع يعطى المتاع بقصـد المعوّضـيّه عن مال المشترى، والمشترى يأخـذ المتاع على ما قصـده البائع، فأخـذه قبول، وإنْ لم يعط البائع بقصد المعوضيّه، أو كان الأخذ من المشترى لا على ما قصده البائع، فالبيع غير حاصل.

فالحقّ مع الشيخ قدّس سرّه.

وفى الوجه الثانى، قال الشّيخ قدّس سرّه:

أنْ يقصـد كلٌّ منهما تمليك الآخر ماله بأزاء تمليك ماله إيّاه، فيكون تمليكاً بأزاء تمليك، فالمقاوله بين التمليكين لا الملكين...
.

فقال المحقق الخراسانى قدّس سـرّه: كأنّ مراد الشّـيخ أنْ يملّك المال فى مقابل فعل الطّرف الآخر الذى هو عباره عن التمليك، كما ذكرنا فى عمل الحرّ.

لكنّ هذا الاحتمال غير آتٍ فى كلام الشيخ، إذ كلامه نصّ صريح فى أنه تمليكان، أحدهما بأزاء الآخر.

إنه فى هذا الوجه لا يكون أخذ الطرف الآخر قبولاً - بخلاف الوجه

الأوّل – لأنّ تمليک هذا الجانب منوط بتمليک الجانب الآخر، فما لم يملّک ذاک لم يتحقق التمليک من هذا.

قال الشيخ: هذا بعيد عن معنى البيع... .

لأنّ البيع هو ما يکون فيه المقابله بين الملکين، وليس بهبهٍ معوّضه، إذْ فيها يحصل الملکيه للطرف الآخذ بمجرّد الأخذ، وإنما يصدر منه التمليک عوضاً عن تمليک الأوّل، فليس کهبه معاوضه بين التمليکين.

يبقى أنه إمّا مصالحه وإمّا معاوضه مستقلّه.

هذا ملخّص کلامه قدّس سرّه.

وأقول:

تاره: يعطى الشىء بقصد التمليک فى مقابل تمليک الآخر الثمن، وتکون المعاوضه بين المتاع والفعل، کما يملَّک المال بأزاء خياطه الآخر للثوب. وأخرى: يملّک مالاً ـ بعوض تمليک الغير، بمعنى أن يکون المال من الغير عوضاً عن تمليک هذا، فلمّا يملّک يجعل فعله – وهو التمليک – معوّضاً للمال الذى يعطيه الطرف الآخر.

وهاتان الصّورتان خارجتان عن کلام الشيخ، وسنتکلّم عليهما فيما بعد.

وثالثه: يجعل تمليک الغير معوّضاً عن تمليک نفسه، فالعوض والمعوَّض کلاهما هو التمليک.

وهذه هى الصوره التى يقصدها، والبحث فيها فى مراحل:

الأولى: هل يعقل جعل التمليک نفسه معوّضاً؟

کأنّ الشيخ فارغ عن إمکان هذا.

والثانيه: إنه على تقدير المعقوليّه، هل بأخذ الطرف المقابل يتحقّق

القبول أو لابدّ من التمليک الآخر؟

يقول السيّد بالتّحقق خلافاً للشّيخ، والحق مع الشيخ، وما ذکره السيّد سهو من قلمه.

والثالثه: إنه على تقدير الصحّه، هل هو بيع أو هبه معوّضه أو صلح أو معامله مستقلّه؟

وتفصيل ذلک:

أمّا في المرحله الاُولى:

فهل المراد من «التمليک» هو المصدر، فالمعنى المصدري هو المجعول معوّضاً عن المعنى المصدري، أو المعنى الاسم مصدري أعني الملکيّتين؟

ظاهر الشيخ الأوّل.

وقال شيخنا الاستاذ: إنه غير معقول، قال: إن التمليک بالإعطاء حال تعلّقه بمتعلَّقه ملحوظ آلي، وفي جعل نفسه معوّضاً يحتاج إلى لحاظٍ استقلالي، ولا يعقل اجتماع اللّحاظين المتباينين في ملحوظٍ واحد.

توضيح کلامه قدّس سرّه:

المعامله تسبيب إلى تحقّق المضمون، أي معوضيّه شيء لشيء، فلا محاله کون الشيء معوّضاً مقصود بالأصاله والاستقلال، والسبب - وهو الإنشاء - دائماً يصدر بالاختيار وهو مراد، لکنّه في مرحله التأثير يکون ملحوضاً آلهً للمسبّب، فهو ملحوظ آلهً إلى تحقق شيء آخر، فإذا کان نفس التمليک معوَّضاً، يلزم کونه مقصوداً بالاستقلال وکونه ملحوظاً آله لکونه سبباً، واجتماع اللّحاظين في آنٍ واحدٍ في شيء واحدٍ محال.

وهذا نظير ما ذکر في الاصول، من عدم معقوليّه استعمال اللّفظ في

نفسه، فدائماً المستعمل فيه ملحوظ بالاستقلال، واللّفظ ملحوظ آلياً، فاستعمال اللّفظ فى نفسه يستلزم اجتماع اللّحاظين.

فإنْ اريد من التمليك المعنى الاسم المصدرى، يرد عليه - مضافاً إلى ما ذكره الشيخ الاستاذ - إنه يلزم أن يكون الإنسان مالكاً لملكيّه نفسه، الملكيه نحو من السّلطنه، ولا معنى لأنْ يكون متسلّطاً على سلطنته(١).

ص:٣١٠

وأمّا فی المرحله الثانیه:

فالحق مع الشیخ خلافاً للسیّد، لأنه بمجرد الأخذ لا یتحقق القبول، لأنه قد أخذ المتاع، والمفروض أنه لیس المعوَّض، بل المعوَّض نفس التملیک.

فأخذ المال لا صله له بأخذ المعوّض، والقبول إنما یکون قبولاً لو أخذ المعوّض.

ثم هل التملیک الثانی قبول التملیک من الأوّل؟

إنّ الثّانی بتملیکه ینشئ، فما یصدر منه إیجاب، فلو کان قبولاً - مع ذلک - لزم اجتماع الإیجاب والقبول، وهما صفتان متقابلان لا یجتمعان فی واحد.

فما ذکره الشیخ لا یوافق علیه.

وهنا یصل البحث إلی:

المرحله الثالثه:

وقد ظهر أن هذا لیس ببیع، لأن التبدیل أو المبادله بین فعلین لا المالین.

علی أنه لم نتمکن من تصوّر الإیجاب والقبول، بل الحاصل إیجابان لتملیکین أو ملکیّتین.

ولیس بهبهٍ معوّضه، لما ذکره الشیخ، وهو متین جدّاً، لأنّ الهبه المعوّضه هی أنْ یملّک المال وبمجرّد ذلک تحصل الملکیّه للمتّهب، لکن بشرطٍ ضمنیّ، وهو أن یهب ذاک شیئاً من طرفه، فلو لم یفعل کان له الخیار...

ولیس ما نحن فیه کذلک، فإنه لا تحصل الملکیّه للطرف بإنشاء هذا للتملیک.

نعم، یقرب من الهبه المعوّضه، من جهه أنّ هنا تملیکین وملکیّتین، والمعاوضه بینهما تنتهی إلی المعاوضه بین المالین.

وليس بصلحٍ، لأن الصّلح عقد إنشائى، فلابدّ من وقوع التصالح والتسالم فى حيّز الإنشاء، ولا يكفى مجرّد وقوعه مصداقاً للصّلح، وإلّا فإنّ الصّلح موجود فى جميع المعاوضات.

يبقى أن يكون معاوضه مستقلّه.

فإن شملت العمومات، ولم تكن خاصّه بالمعاملات المتعارفه، فهو، وإلّا فهى معامله باطله.

قال الشيخ:

إلّا أن يكون تمليك الآخر له ملحوظاً عند تمليك الأوّل على نحو الدّاعى لا العوض، فلا يقدح تخلّفه.

أى: التمليك الأوّل هبه، والطرف يملك بالأخذ، ولا يقدح تخلّفه عن الهبه وعدم حصول الداعى للأوّل إلى التمليك.

وربما يتوّهم: أن تمليك هذا بهذا الدّاعى إنما كان بالنسبه إلى شخص مقيّد بصفه أنه سيملّك ماله، فلو لم يفعل لم يتحقق الموضوع، فتبطل المبادله.

لكن قد ذكرنا فى الاصول مراراً: أن العناوين والأوصاف فى القضايا الشخصيّه ليس تخلّفها موجباً للبطلان، نعم، فى القضايا الحقيقيّه، الأمر كذلك، لأن القضيّه الحقيقيّه: مجئ الحكم على الكلىّ الطبيعى بإضافه صرف الوجود إليه، فما عن أهل المنطق من أنّ القضيّه الحقيقيّه عباره عن القضيّه التى تتوجه إلى الأفراد المحققه الوجود والمقدّره الوجود، غير صحيح. بل الواقع ما ذكرناه، والموضوع هو صرف الوجود للكلّى الطبيعى، وصرف الوجود يشمل الأفراد الموجوده فعلاً والأفراد التى ستوجد، فالأفراد الموجوده والمقدّره ليس الموضوع للحكم، بل هى لازم الموضوع.

ص:٣١٢

ففى القضايا الكليّه، العنوان يوجب رفع الحكم، لكن فى القضيّه الخارجيّه يأتى الحكم على الموضوع وهو نفس الذات، والعنوان يكون داعياً فقط، وارتفاعه غير مضرّ، ولذا يوجب الخيار لا البطلان.

وحاصل هذا الوجه: أنْ يملّك بداعى أن يكون تمليكه سبباً لتمليك الغير، فلو لم يملّك الغير لم يضر.

وفى الوجه الثالث قال الشيخ:

أنْ يقصد الأول إباحه ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه إيّاه، فيكون الصّادر من الأوّل الإباحه بالعوض ومن الثانى – بقبوله لها – التمليك، كما لو صرّح... .

أقول:

جميع ما نتعرّض له فى هذه البحوث تعمّ ما لو كان بالمعاطاه أو باللّفظ.

وفى الوجه الرابع، قال الشيخ:

أن يقصد كلّ منهما الإباحه بأزاء إباحه الآخر، فيكون إباحه بأزاء إباحه، أو إباحه بداعى إباحه... .

وذكر الشّيخ فى الوجهين الأخيرين إشكالين، الأوّل منهما مشترك بين الوجهين، والثانى مختصّ بالوجه الثالث. قال:

أوّلاً: الإشكال فى صحّه إباحه جميع التصرّفات حتّى المتوقفه على ملكيّه المتصرّف... فالظاهر إنها لا تجوز.

أمّا الإشكال الأوّل: فإن إباحه التصرّفات إباحه مطلقه تشمل المتوقفه على الملك كالبيع والعتق والوطى... لا يعقل، لأنّ البيع وغيره ممّا ذكر... لابدّ من أن يكون فى الملك... وكأنْ يعطى هذا المال تفريغاً لذمّته من الزكاه، ويجعله هدياً فى الحج من قبل نفسه... .

إنّ هذه الإباحه غير جائزه، حتى لو صرّح قائلًا: أبحت لك كلّ تصرّف...

نعم، ينفذ فيما عدا التصرفات المتوقفه على الملك... وذلك، لأن الإذن والإباحه من المالك لا يكون مشرّعاً ومجوّزاً لما هو غير جائز شرعاً.

قال:

فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه – بأنْ يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره – غير معقول كما صرّح به العلّامه فى القواعد فكيف يجوز للمالك أنْ يأذن فيه؟

أقول:

وربما يمكن إقامه البرهان على ما ذكره الشيخ، من أن البيع معاوضه بين المالين، والمعوضيّه والعوضيّه متضائفان، والمتضائفان متكافئان، إذن، لابدّ من أن يكونا فى جهةٍ واحده.

أو يقال: إن مبادله مالٍ بمالٍ لابدّ وأن تكون فى وعاء الإباحه، والإباحه لا تفيد الملكيّه، فكيف تكون الملكيّه بالنسبه إلى المثمن للمبيح المالك، وتكون الملكيّه بالنسبه إلى الثمن للمباح له؟

وأيضاً: مقتضى: لا بيع إلا فى ملكٍ، هو أنّ من ليس بمالكٍ للشىء فلا بيع له.

إذن، مجرّد إباحه التصرّفات لا يشمل البيع وتملّك الثمن، وكذلك فى الثمن، فالأخبار كثيره يجمعها إنه: لا عتق إلّافى ملك، والمباح له ليس بمالكٍ، وتصرّفه بعتق الرّق لا ـ معنى له، وكذلك فى الزكاه، فإنه يعتبر أن يعطى الإنسان ما يملكه زكاةً عن نفسه.

أقول:

كلّ هذا يصحّ فيما لو كان معنى المبادله ما ذكر.

أمّا لو قلنا: بأن معنى: البيع مبادله مالٍ بمالٍ: هو أن البيع لا يتحقق إلّا

ص:۳۱۴

بالمعـاوضه، فلاـ يتحقّق مجانـاً. أمّـا اعتبـار دخول الثمن فى كيس من خرج المثمن من كيسه فمن أين؟ إنّه لاـ دليـل على دخول الثمن فى ملك من خرج المثمن من ملكه.

وأيضـاً: عنوان التضائف بين المعوّض والعوض موجود، وهو يتحقّق حتى لو لم تكن العوضـيّه والمعاوضـيّه فى جهه الملكيّه، ولا دليل على أن يكون ذلك فى جهه الملكيّه خاصّه. وبعباره اخرى: العنوان يصـدق حتى لو لم يـدخل العوض فى كيس من خرج المعوّض من كيسه، كأنْ يعطى الإنسان شيئاً من النقود لشخصٍ من غير أن يملّكه إياه فيقول له: اشتر به خبزاً لنفسك وكُله، فهذا صحيح لا مانع منه.

وفى المضاربه، يعطى المالك النقود للعامل ليشترى بها كذا، وتكون له حصّه من الرّبح، فلا يقول له: هذه النقود ملك لى واشتر بها كـذا وبعه والرّبـح لى، ولك كذا عوضاً عن عملك، وإنما يقول له من أوّل الأمر: بع مالى والحصّه من الرّبح تنعقد من الأوّل فى ملكك.

فهذا كلّه صحيح عندنا، خلافاً للشيخ تبعاً للقواعد.

نعم، هو بناءً على مبنى شيخنا الميرزا – فى حقيقه البيع – غير معقول، ولكنْ قد تقدّم فى محلّه ما فى هذا المبنى.

وعلى كـلّ حـالٍ، فالكلاـم فعلاً فى مقام الثبوت، والمقصود أنّه لا مانع من تحقّق البيع من غير دخول العوض فى كيس من خرج المعوّض من كيسه، وأمّا فى مقام الإثبات، فيكفى عمومات «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم».

وقد تقدّم الإشكال الأوّل المشترك بين الوجهين الثالث والرّابع.

قوله:

نعم، يصحُّ ذلک بأحد وجهين، كلاهما فی المقام مفقود:

أحدهما: أن يقصد المبيح بقوله: أبحت لک أنْ تبيع مالی لنفسک، أنْ يُنشأ توكيلًا فی بيع ماله... كما صرّح فی التذكره... فيكون هذا بيعاً ضمنيّاً... .

أقول:

إنّ إباحه التصرّفات حتی المتوقّفه علی الملک، موقوفه علی تحقّق موضوع الملک، وتحقق الملكيّه إمّا هو: بنحو الضمنيّه أو التقييد أو الملازمه، فالموضوع لابدّ من تحقّقه بأحد الأنحاء بعد أنْ لم يكن بالصّراحه.

أمّا النحو الأوّل، فهو حيث تكون دلاله الإقتضاء - أی: ما يتوقّف عليه صحّه كلام المتكلّم - متحقّقهً، مثلًا: يقول علماء النحو بأنّ الفعل المسند إنْ لم يكن قابلًا للتعلّق بالمسند إليه، فلابدّ من أنْ يكون هناک مسند إليه مقدّر فی الكلام، كما فی قوله تعالی «وَ سْئَلِ الْقَرْيَةَ» (۱) فإن التقدير: أهل القريه، إذ يتوقّف صحّه الكلام علی تقدير هذا المضاف وإلّا لم يصح. وفی الأمثله الشّرعيه تقول: أعتق عبدک عنّی، فإنّ العتق يتوقّف علی الملک، ولا يمكن عتق العبد حالكونه مضافاً إلی كاف الخطاب، فلابدّ من التقدير، وكذا فی:

إذبح غنمی هدياً لنفسک، مع اشتراط كون الهدی فی الملک، فإنّ معنی ذلک:

ملّكه لی ثم أعتقه عنّی، وملّكه لنفسک ثم اذبحه. إذنْ، فالملكيّه الضمنيّه متحقّقه بدلاله الاقتضاء فی المثالين، بلحاظ الكبريات الكليّه الدالّه علی أنّ هذه التصرّفات يجب أنْ تكون فی الملک، فهی تكشف عن أن المراد من مثل العباره المذكوره هو التمليک ثمّ العتق، أو التملّک ثم البيع، كما لو قال: بع

۱- ۱) سوره يوسف: ۸۲ .

مالی لنفسک.

وفیما نحن فیه، لا ـ ریب فی أنّه لمّا یقول: أبحت لک کلّ تصرّف، لا یقصد التملیک والتملّک، وإنما یرید بهذه العباره إباحه التصرّفات حتّی المتوقّفه علی الملک.

فالملکیّه الضّمنیّه غیر حاصله(١).

ص:٣١٧

قوله:

الثانى: أنْ يـدلّ دليـلٌ على حصول الملكيّه للمباح له بمجرّد الإباحه، فيكون كاشـفاً عن ثبوت الملك له عنـد إراده البيع آنآمّا... فيكون ذلك شبه دخول العمودين فى ملك الشخص... وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه... .

أقول:

أمّا النحو الثانى، مثل: الرجل لا يملك عموديه وإنما يعتقان عليه، ومن ناحيهٍ اخرى: يـدلّ الـدليل على أنّ المبيع يدخل فى ملكه فى مقابـل الثمن الـذى يـدفعه، ومقتضـى الجمع بين الـدّليلين حصول الملكيّه التقـديريّه، فالشـارع اعتـبر هنـاك ملكيّهً آنآمّـا، ثم يحصل العتق فى الملك.

وهنا لا يوجـد هكـذا دلاله، لأنه لا يوجـد دليل خاصّ يتعبّد الشارع به كما جاء فى: أنّ الإنسان لا يملك عموديه، فهو لمّا يقول: قد أبحت لك كلّ تصـرّف، الظّاهر فى العموم ليشـمل المتوقّفه على الملك، لا يوجد دليل على أنّ تلك التصرّفات تجوز بنفس هذه الإباحه.

فـإنْ قلت: إنّ عموم قوله: «الناس مسلّطون على أموالهم» معناه: أنّ لهم أنْ يفعلوا فيها ما يشاؤون، ومن ذلك الإباحه للغير فى أنْ يتصرَّف فى ماله

ص:۳۱۹

التصرّف الموقوف على الملک، فالعموم یشمل هذا، ومن ناحیه اخری:

ظاهر «لا بیع إلّافی ملک» هو أنّ التصـرّف البیعی غیر جائز، لتوقّفه علی الملک، والمفروض انتفاؤه، ومقتضـی الجمع بین الدلیلین تقدیر الملکیّه آناًمّا. فإذن، لا حاجه إلی دلیل خاصّ، لأنّ مقتضی الجمع بین العمومین المذکورین هو مفاد الدّلیل الخاصّ.

قلت: النسـبه بین الدلیلین هو العموم من وجهٍ، لأنّ حدیث السّـلطنه یشـمل التصـرّفات المتوقفه علی الملک، و«لا بیع إلّافی ملک» یشـمل المبـاح والمملوک، لکنّ دلیـل السّـلطنه قـد جـاء لیجعلهـا علی الأـموال المضـافه إضـافهً ملکیّه، مضافاً إلی أنه إنما یجوّز السّـلطنه المشـروعه دون غیرهـا وإلّـا لزم التناقض، فلا محاله، یکون دلیل «لا بیع إلّافی ملک» حاکماً فی مادّه الاجتماع، والحاکم مقـدّم علی المحکوم، إذن، فـدلیل السّـلطنه غیر شاملٍ لا بالتخصـیص بل بالمحکومیّه، فیکون باقیاً علی عمومه فی قـدره، أی فی التصرّفات المشروعه.

والحاصل، إنه ببرهان لزوم التناقض، یکون مفاد قاعده السّـلطنه محدوداً من أوّل الأمر بالتسـلّط المشروع علی الأموال، ودلیل: «لا بیع إلّافی ملک» یقول: لا تسلّط للمالک علی ماله فی الإذن لغیره بالتصرّف فیه التصرّف الموقوف علی الملک، فإنه غیر مشروع.

إذن، لا معنی للملکیّه التقدیریّه.

وأمّـا النحو الثـالث، بـأنْ تسـتکشف الملکیّه إنّـاً، کمـا لو بـاع ذو الخیـار فی زمن الخیـار المـال المنتقل عنه، أو باع الواهب المال الموهوب إلی غیر ذی رحم، فإنّه من صـحّه البیع یستکشف إنّاً تحقّق الملکیّه بالرجوع عن الهبه قبل البیع من الواهب، وذو الخیار له الملکیّه بأخذه بالخیار، ففی آنٍ واحدٍ یملک

ويبيع ولاـ إشكال فيه، لأنّ العلّه والمعلول يكونان فى آنٍ واحد، لكنَّ هذا موقوف على أنْ يقصد الواهب الرجوع، لأنّ الرجوع يحتاج إلى القصد، وكذا الفسخ من ذى الخيار، وإنما يكون بالرجوع والفسخ صحيحاً، لأنّ إنشاء أحد الضدّين رافع للضدّ الآخر، فهو لمّا ينشئ الملكيّه للأجنبى - وهى مضادّه لملكيّه المتّهب - يكون راجعاً فى هبته، وكذا فى فسخ ذى الخيار، ولا حاجه فى إنشاء الفسخ والرجوع إلى أزيد من ذلك.

هذا شرح كلام الشيخ قدّس سرّه.

ونحن قد تكلّمنا على أصل الإشكال، وهو عندنا منحلٌّ على مختارنا فى حقيقه البيع، ومعنى: «لا بيع إلّافى ملك».

وهذا تمام الكلام على الإشكال الأوّل.

قوله:

وثانياً: الإشكال فى صحّه الإباحه بالعوض، الراجعه إلى عقد مركّب من إباحه وتمليك.

أقول:

الإشكال الثانى:

هو الإشكال فى صحّه الإباحه بالعوض، الرّاجعه إلى عقدٍ مركّب من إباحه وتمليك. وهنا بحوث فى جهاتٍ أربع:

١ - هل هذا بيع أو إجاره أو عاريه أو صلح، أو هى معامله مستقلّه؟

٢ - الإباحه المعوّضه صحيحه أو فاسده؟

٣ - وعلى تقدير الصحّه، هل هى لازمه أو جائزه؟

۴ - وعلى تقدير اللّزوم، هل هو لزوم تكليفىّ أو وضعىّ؟

الجهه الاُولی:

هذه المعامله لیست ببیع، لأنّ البیع: تملیک مالٍ بعوض، لا مبادله مالٍ بمالٍ بنحو الإطلاق وهی لیست بالإجاره، بناءً علی المشهور فی تعریفها، من أنّها تملیک المنفعه بعوض، لأن هذه إباحه وإذنْ فی التصرّف والانتفاع لا تملیک للمنفعه.

وهی لیست بعاریهٍ، إذ العاریه تملیک الانتفاع، وهنا لا یوجد إلّاالإذن والترخیص، فهو لا یُوجد للطرف استحقاق الانتفاع ولا تملیکه.

قوله:

... إلّاأن یکون نوعاً من الصّلح، لمناسبه له لغهً، لأنّه فی معنی التسالم علی أمرٍ بناءً علی أنّه لا یشترط فیه لفظ الصّلح کما یستفاد من بعض الأخبار... .

أقول:

والمختار عند الشیخ أن هذه المعامله صلح، بالنظر إلی صحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السّلام:

«فی رجلین، کان لکلّ واحدٍ منهما طعام عند صاحبه، ولا یدری کلّ واحدٍ منهما کم له عند صاحبه، فقال کلّ واحدٍ منهما لصاحبه: لک ما عندک ولی ما عندی. فقال: لا بأس بذلک إذا تراضیا وطابت أنفسهما» (1).

قال بعض الأکابر: الصّلح عقد من العقود، وکلّ عقد فهو یحتاج إلی الإنشاء، فلابدّ من انشاء مفهوم التصالح والتسالم. وقوله: لک ما عندک ولی ما عندی، لیس بانشاءٍ للصّلح (2).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸ / ۴۴۵، الباب ۵ من أبواب کتاب الصّلح، الرقم: ۱.

۲- ۲) المکاسب والبیع ۱ / ۲۱۸.

والظاهر أنه سهو، فإنّ هذه الجمله كنايه، فهما يذكران اللّازم ويريدان الملزوم، فينشآن مفهوم التصالح والتسالم بنحو الكنايه، ولا بأس بذلك، إذْ لا يعتبر فى العقود الصَّراحه فى اللّفظ بل المعتبر صراحه المعنى.

أقول:

إنما الإشكال فى أنه لماذا نجعل الإباحه المعوّضه صلحاً؟ فإنه يأذن بالتصرّف فى مقابل عوض، ولا دلاله فيه، لا بالصّراحه ولا بالكنايه، على إنشاء مفهوم التصالح، فبين الصّحيحه وما نحن فيه فرق واضح.

فالحق: أنها معامله مستقلّه.

الجهه الثانيه:

إنه على تقدير كونها مصالحه، فمقتضى أدلّه الصّلح هو الصحّه، وأمّا بناءً على أنها معامله مستقلّه، فقد استدلّ الشيخ بعموم قاعده السّلطنه و«المؤمنون عند شروطهم» وهو غير موافق على الاستدلال بآيه التجاره، لعدم صدق عنوان التجاره على هذا.

قوله:

ولو كانت معامله مستقلّه، كفى فيها عموم: النّاس... والمؤمنون... .

أقول:

مقتضى دليل السّلطنه أن المبيح له على السّلطنه على ماله، فله أنْ يرخّص الطرف فى التصرّف فى ماله فى مقابل العوض، فالعموم يشمل ما نحن فيه.

وربما يتوهّم: أن الشيخ قد منع من الاستدلال بحديث السّلطنه فى صحّه المعاطاه وعدم شرطيّه الإيجاب والقبول اللّفظيّين، فكيف يوافق هنا

على الاستدلال به؟

والإنصاف: أنه غفله عن كلام الشيخ، فهو هناك قال: بأن دليل السّلطنه يشمل كلّ نوعٍ من أنواع التصرّف يشك فی كونه نافذاً أوْلاٰ وأمّا حيث نعلم بأنه نوع قد أنفذه الشّارع ثم شككنا فی اعتبار اللّفظ وعدم اعتباره، فإنه لا وجه للتمسّک بالدليل لنفی الشرطيّه.

وفيما نحن فيه: المشكوک فيه هو نفوذ هذا التصرّف وعدم نفوذه، فلا مانع من التمسّک به.

وربما يتوهّم: أن الشّرط عباره عن الإلزام والإلتزام فی ضمن شیء، وليس الإباحه فی مقابل العوض كذلك، فلا وجه للتمسّك ب«المؤمنون عند شروطهم».

وفيه: إنّ المراد من الإلزام والالتزام هو الإرتباط، وإباحه هذا مرتبطه بتمليك الطرف للعوض.

أقول:

بل لا يبعد صدق «التجاره» هنا أيضاً، وإنْ استشكل الشيخ، لأن التجاره هی الاسترباح، وهو هنا حاصل(۱).

وتلخّص: صحّه هذه المعامله المستقلّه على المختار.

الجهه الثالثه:

بناءً على الصحّه، هل هى لازمه أو جائزه؟ وبناءً على الأوّل، هل اللّزوم مطلقاً أو من طرف المباح له فقط؟

قوله:

وعلى تقدير الصحّه ففى لزومها مطلقاً... أو من طرف المباح له... أو جوازها مطلقاً؟ وجوه، أقواها أوّلها ثمّ أوسطها.

أقول:

دليل القول باللّزوم مطلقاً: قوله صلّى اللّه عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»، فكأنّه قد اعتبر ثباتهم على شروطهم والتزاماتهم، و«الشرط» يصدق مع كون طرفٍ إباحهً والآخر تمليكاً، قال: هو الأقوى.

ودليل اللّزوم للمباح له دون المبيح هو: إن المال المباح باقٍ على ملك المبيح، فبمقتضى دليل السّلطنه له أنْ يسترجعه، وأمّا المباح له الذى ملّك، فقد خرج المال عن ملكه وليس مضافاً إليه.

وقد اختار الشيخ هذا الوجه بعد ذاك، وكأنّ نظره إلى أنّ دليل السّلطنه عام، وفى مقابله: «المؤمنون عند شروطهم»، فيقع التعارض بينهما بنحو العموم من وجه، ففى الإباحه المعوّضه مقتضى: المؤمنون... هو اللّزوم من الطّرفين، لكن عموم: «الناس مسلّطون...» يقتضى عدمه من طرف المبيح، فيتعارضان فى مادّه الاجتماع هذه ويتساقطان.

أقول:

أوّلاً: حديث «الناس مسلّطون...» إنما يجرى فى موضوع يراد إيجاده وهو قابلٌ لأنْ يرجع، أمّا لو أوجد شيئاً بسلطنته وحكم على ذلك الشيء

باللّزوم، فلا معنى للرّجوع فيه أخذاً بالقاعده، حتى يكون معارضاً للحكم المترتّب على الموضوع الذى وجد بواسطتها، وإلّا يلزم أنْ يكون الشيء سبباً لعدم نفسه، أو يلزم من وجوده عدمه.

لقد أثبتا بقاعده السّلطنه أنّ له أنْ يوجد الإباحه المعوّضه، وهى محكومه باللّزوم بمقتضى «المؤمنون عند شروطهم». وحينئذٍ، لا يمكن أنْ يكون حديث السّلطنه معارضاً له.

وثانياً: سلّمنا أنهما يتعارضان ويتساقطان، لكنّ المرجع حينئذٍ هو عموم أدلّه الوفاء بالعقود، كالآيه المباركه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱) فإنّها بعمومها الاستغراقى شامله للإباحه المعوّضه، وهى تدلّ على الصحّه واللّزوم من الطرفين معاً.

فالصّحيح هو: اللّزوم من الطرفين، بمقتضى الآيه والحديث:

المؤمنون...

ثم إنّ الشيخ بعد أنْ استدلّ بما تقدَّم لِما ذهب إليه من الصّلح، قال:

ونحوه ما ورد فى مصالحه الزوجين

يريد الخبر عن الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السّلام: «سألته عن قول اللّه عزّ وجلّ «وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً» فقال عليه السّلام: هى المرأه تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إنّى اريد أنْ اطلّقك، فتقول له:

لا تفعل، إنى أكره أن تشمت بى، ولكن انظر فى ليلتى، فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعنى على حالتى، فهو قوله تعالى: «فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً» وهذا هو الصّلح» (۲).

۱- ۱) سوره المائده: ۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۱ / ۳۴۹ - ۳۵۰، الباب ۱۱ من أبواب القسْم والنشوز، الرقم: ۱.

فقد اطلق «الصّلح» على تنازل المرأه عن حقوقها فى مقابل رفع الرجل يده عمّا أراده.

أقول:

إن ما ذكرناه فى الصحيحه السابقه آتٍ هنا، فإن «اصنع ما شئت و دعنى على حالتى» هو إنشاء للتصالح.

وفيما نحن فيه: إنّ الذى أنشأه هو الإباحه والتّرخيص، ولا يمكن أنْ يكون مصداقاً للصّلح، والصّلح أمر إنشائى، فلابدّ من الإنشاء الدالّ عليه بالمطابقه أو بالالتزام.

وبالجمله، فإنها معامله مستقلّه صحيحه ولازمه من الطّرفين كما تقدم.

الجهه الرابعه:

هل اللّزوم تكليفى، أى يجب عليه البقاء على الإباحه ويحرم الرجوع، أو وضعى، بمعنى عدم الأثر للرجوع؟

ولم يتعرّض الشّيخ وغيره لهذه الجهه.

ربما يقال: لا ـ معنى للّزوم الوضعى فى الإباحه المعوّضه، لأنّ الإباحه ترخيص، فله الرجوع، فيكون الحكم تكليفيّاً، فإنْ خالف ورجع لم يكن للمباح له التصرّف، إذ «لا يحلّ مال امرئ إلّابطيب نفسه» (۱).

لكنّ الظاهر: إن هذه الإباحه عقديّه وليست مجرّد الترخيص، وحينئذٍ، فللحكم الوضعى مجال، أى: لا يمكنه الرجوع والفسخ، ولا أثر لذلك، لفرض كونه معاملةً لازمةً، كما تقرّر فى الجهه السّابقه.

۱- ۱) تقدم فى الكتاب بألفاظه.

وتوضيحه: إنه إذا قال: أبحت لك التصرّف بالعوض، فهل يكون العوض فى مقابل الإباحه أو التصرّف من نفسه أو غيره فى مال المبيح؟ وعلى الثانى، هل المراد هو التصرّف الخارجى أو إمكان التصرّف؟ وعلى الأوّل، هل المراد إباحه التصرّف فى الجهه، بأنْ يكون له الرجوع متى ما أراد، أو إباحه التصرّف مادامت العين باقيهً فى ملكه، فله أن يبيع الشىء - مثلاً - فينتفى الموضوع، أو إباحه التصرّف مادامت العين باقيهً فى الخارج؟

وأيضاً: التصرّفات تارهً: متلفه للعين، كأنْ يباح أكله أو شربه بعوضٍ - كما هو الحال فى المطاعم - أو صرف الماء بعوضٍ كما هو الحال فى الحمّامات، وأخرى: غير متلفه لها، كما يباح الجلوس على الفرش والسكنى فى الدّار بالعوض.

وهذه الصّور تختلف من حيث التكليف والوضع، وتختلف أيضاً من حيث الآثار الخارجيّه. فمثلاً: لو لم يأكل الطعام فى المطعم بعد أنْ ابيح له الأكل بالعوض، لم يطالب بشىء، أما لو لم يسكن فى الغرفه بعد أنْ ابيح له السّكن فيها بعوض، فإنّه يطالب بالعوض المعيَّن.

لا يبعد أن يقال: بأنه إنْ كان العوض فى مقابل نفس الإباحه، فاللّزوم تكليفى، فللرّجوع أثر وإنْ عصى، إذْ ليس هناك شىء إلّافعله وهو الإباحه.

وإنْ كان فى مقابل التصرّف المرخَّص فيه، فاللّزوم وضعى.

فالأمر يختلف باختلاف الصّور. فليتأمّل.

ولو استأجر الغرفه بعوضٍ معيَّن لكلّ ليلهٍ، فالمشهور على بطلان هذه الإجاره، للجهل بالمدّه، إنّما الكلام فى حكم اللّيله الاولى، فقال العلّامه بالصحّه فيها. وكيف كان، فإنّه بالنسبه إلى ما عدا اللّيله الأولى إباحه بالعوض، فإنْ كان العوض فى مقابل التصرّف الخارجى، لم يكن عليه شىء إنْ لم

يسكن فى الغرفه، وإنْ كان فى مقابل إمكان التصرّف الخارجى، فالعوض واجب.

قوله:

وأمّا حكم الإباحه بالإباحه، فالإشكال فيه أيضاً يظهر مما ذكرنا فى سابقه، والأقوى فيها أيضاً الصحّه واللّزوم، للعموم، أو الجواز من الطرفين لأصاله التسلّط.

أقول:

يعنى: إنه لا ينطبق عليه عنوان من عناوين المعاملات إلّاالصّلح.

وفيه: إن الصّلح العقدى هو ما لو أنشأ مفهوم التسالم، وكونه مصداقاً للتسالم لا يجعله عقد صلح.

فهى معامله مستقلّه، وصحيحه، للعمومات.

أمّا اللّزوم، فقد اختاره الشيخ، لكنّه جوّز الجواز من الطرفين أيضاً.

دليل اللّزوم هو: عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم».

ودليل الجواز من الطرفين هو: أصاله السلطنه، وهو للطرفين لا لطرفٍ دون آخر، كما فى الفرع السابق، إذ كلاهما مبيح.

لكن المختار هو: اللّزوم من الطرفين.

ص:٣٢٩

التّنبيه الخامس: فى حكم جريان المعاطاه فى غير البيع من العقود وعدمه

اشاره

ذكر من العقود: الإجاره والهديّه والهبه والوقف، ولم يتعرّض لغيرها، كما أنه عنون «العقود» دون «الإيقاعات» مع عدم الفرق بينها، لوحده المناط.

ونحن نبحث عمّا ذكره فقط، فنقول:

العنوان تاره: غير قابل للإنشاء بالفعل، وأُخرى: يقبل، لكنّ الشارع قد اعتبر له لفظاً معيّناً، وثالثه: تكون المعاطاه منافيةً لمضمون ما يريدان إنشائه.

وكلّ فعلٍ يكون اللّازم الخارجى للمقصود مع قصد المضمون، فإنّه لا يتحقق المعاطاه به، إذ لا مجال للمعاطاه بالكنايه، لأنّ الفعل لازم أعمّ.

مثلًا: إخراج العبد من الدّار ملازم لأنْ يكون معتَقاً، لكنّه لازم أعمّ فلا يصلح لأنْ ينشئ به إيقاع العتق.

وفى الأوقاف العامّه، لو خرج المالك عن الملك وراح ولم يرجع، لم يكن فعله وقفاً، لأنّ ذلك الخروج قد يكون ملازماً للوقف، لكنّه لازم أعمّ، فإذن، لا يترتّب الأثر على لوازم الأفعال، إذ لا كنايه فى الأفعال، نعم، فى مثل وقف الفرش للمسجد، لا يبعد كفايه فرشه فيه.

فى النكاح؟

والنّكاح فى اللّغه العقد، يقال: تناكحت الأشجار، أى تعاقدت، وهذا المعنى يقبل الاعتبار الوضعى، فهل يتحقّق ذلك بالاضطجاع مع الأجنبيّه بقصد إنشاء الزوجيّه معها؟ ربما يقال بذلك، لكن لا يجوز النكاح فى الشرع

بلا لفظٍ، ولا أثر للمعاطاه فيه، بل لقد اعتبر الشارع فيه اللّفظ الخاص.

وربما يتوهّم: أنه لا يعقل تحقيق معنى الزوجيّه بالاضطجاع الخارجى، لأن حليّه الاضطجاع متوقفه على الزوجيّه، والمفروض تحقيقها بالاضطجاع، فحليّته موقوفه على الزوجيّه وهى متوقّفه على الاضطجاع، وهذا غير معقول، لأنَّ الحكم له حيثيّه السببيّه لوجود المتعلَّق، فلا يعقل تأخّره عنه. وبعباره اخرى: ارتفاع حرمه الاضطجاع مع الأجنبيّه منوط بالزوجيّه، فلو انيطت الزوجيّه بالإضطجاع الخارجى، لزم أن يكون الموضوع رافعاً لحكمه، وتوضيحه:

إنّ الحكم فى مرحله التعلّق معلولٌ للمتعلّق، لأنّ الملاك قائم بالمتعلّق، والحكم معلول للملاك، فهو معلول للمتعلّق فى مقام نفس الأمر، لكنّ وجود المتعلَّق خارجاً مسبّب عن الحكم والحكم سبب له، مثلاً: وجوب الصّوم معلول للملاك، ولكنْ فى مقام الوجود الخارجى للصّوم يكون الوجوب هو الموضوع للوجود، إذْ لولا الوجوب لما وجد، فالمتعلّق فى الخارج معلول للحكم، فلا يعقل أنْ يتوقّف الحكم على وجود متعلّقه.

وتلخّص: إن هذا يكون محذوراً عقليّاً لتحقيق الزوجيّه بالفعل، وهو الاضطجاع.

هذا هو الوهم.

ويندفع: بما ذكرناه مراراً من أنّ الاختلاف بين السّبب والمسبّب يكون بتخلّل الفاء فقط، وليس بينهما اختلاف فى الزمان، وفيما نحن فيه: الحليّه متعلّقه بالمضاجعه التى تتحقّق بها الزوجيّه فى آنٍ واحدٍ، فقبل التحقّق الخارجى للمضاجعه المقصود بها الزوجيّه، كانت المضاجعه محلّلةً فى الاعتبار الشّرعى، لا أنّ الحليّه منوطه بالتحقّق الخارجى للمضاجعه،

فلا يلزم الدّور.

ثم إنّه لابدّ من تعميم البحث، ليشمل الإيقاعات أيضاً، فنقول:

إنّ جريان المعاطاه فى العقود والإيقاعات يبتنى على عدم وجود الدليل الشرعى على اعتبار اللّفظ فيها، وكذا عدم قيام البرهان العقلى على امتناع جريانها فيه، فإنه – مع عدم وجود الدّليل على اعتبار اللفظ وعدم البرهان على الامتناع – مقتضى القاعده هو الجريان، لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه.

فإنْ كان الدليل على العموم هو السّيره، فقد يشكل بعدم قيامها فى بعض الموارد.

وهذه قاعده كليّه تنطبق على كلّ فعلٍ خارجيّ معنون بالعنوان المقصود، وإلّا فلا وجه للبحث عنه.

لكنْ يقع البحث فى تشخيص المصاديق، من حيث وجود الدّليل الشّرعى أو البرهان العقلى على الإمتناع.

وقد ذكرنا وجود الدّليل الشّرعى على اعتبار اللّفظ فى النّكاح، وأنه لا يتحقّق إنشاؤه بالمضاجعه، ولولاه لقلنا بجريان المعاطاه فيه، لعدم البرهان العقلى على امتناعه، وقد عرفت الجواب عن الوجه العقليّ المذكور.

فى الرّهن؟

وفى الرّهن، قد يقال: بأنّ المعاطاه فى الرّهن أن يسلّم الرّاهن العين المرهونه إلى المرتهن، والحال أنّ إقباض العين المرهونه وقبضها شرط فى الرّهن، وكذا الكلام فى الوقف والقرض، فلو كانت المعاطاه الفعليّه – القبض والإقباض – محقّقةً لهذه الامور، يلزم اتّحاد الشّرط والمشروط، وهو مستحيل، لأنّ الشّرط يغاير المقتضى وهو دخيل فى فعليّه ترتّب المقتضى

على المقتضى، فكيف يعقل وحده المشروط مع شرطه؟

فهذا البرهان العقلى مانع من تحقق العقود المذكوره بالمعاطاه.

لكنْ يمكن الجواب عنه: بأنّ القبض والإقباض – من قبيل الوجود والإيجاد – فعل واحد خارجى له نسبتان، نسبه إلى الفاعل فيكون إقباضاً، ونسبه إلى نفس الفعل، فيقال قبض، فلِمَ لا يكون بما أنه إقباض رهناً وبما أنه قبض ارتهاناً، فيرتفع الإشكال بلحاظ تعدّد النّسبه.

نعم، لو يشكل فى جريان المعاطاه فى الرّهن، بأنه وثيقه الدّين، والعين المرهونه تبقى محبوسةً، وليس للرّاهن أنْ يتصرّف فيها، فلو جرت المعاطاه – وهى معامله جائزه على المشهور – فى الرّهن، كان له التصرّف فيها، وهذا ينافى حقيقه الرّهن، لكان إشكالاً وارداً.

ثم إنه يعتبر فى القرض أنْ يكون هناك قرينه على أنه تمليك بنحو الضّمان، وإلّا، فإنّ الفعل الخارجى – وهو إعطاء المال – أعمّ من أنْ يكون قرضاً أو هبةً أو غير ذلك.

قال الشيخ:

إعلم أنه قد ذكر المحقق الثانى رحمه اللّه فى جامع المقاصد – على ما حكى عنه – أنّ فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه فى الإجاره، وكذا فى الهبه.

وذلك... .

وحاصل كلام جامع المقاصد هو: إن المعاطاه جاريه فى الإجاره والهبه، لأنّه إذا أمره بعملٍ على عوضٍ معيّن فعمله، فقد استحقّ الأُجره، ولو كانت الإجاره فاسدةً لم يجز العمل فى العين التى استؤجر للعمل فيها كأنْ يغسلها مثلاً.

وكذا لو وهب بغير عقدٍ، فإن ظاهر الفقهاء جواز الإتلاف، ولو كانت

هبةً فاسده لم يجز، بل منع من مطلق التصرّف.

فأشكل عليه الشيخ بقوله:

فى الهبه؟

وفيه: إن معنى جريان المعاطاه فى الإجاره على مذهب المحقّق الثانى:

الحكم بملك المأمور الأجر المعيَّن على الآمر، وملك الآمر العمل المعيّن به، ولم نجد من صرّح به فى المعاطاه.

أى: لِمَ لا يجوز له العمل، بل يجوز، وفساد المعامله لا يوجب منعه عن العمل، لا سيّما فيما كان العمل فى شىء آخر ليس ملكاً للموجر، كالكتابه وقراءه القرآن مثلاً، ويستحقّ اجره المثل، لأنه لم يقصد التبرّع، وإنما قصد عوضاً لم يسلّم له.

قوله:

وأمّا مسأله الهبه، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاه فيها، إلّاإذا قلنا فى المعاطاه بالإباحه... .

وحاصل الكلام فى الهبه هو: إن المحقّق الثانى القائل بإفاده المعاطاه للملك، لا يمكنه الاستدلال لجواز الهبه المعاطاتيه، لأن إفادتها الملك متوقفه على اللَّفظ، للإجماع على اعتبار اللّفظ فى المعامله اللّازمه، فإذن، لا تجرى المعاطاه فى الهبه إلّاعلى مبنى القائلين بإفادتها الإباحه.

فى الإجاره؟

أقول:

أمّا فى إجاره الأعيان كالدّار والبستان، فالمعاطاه جاريه، لصدق عنوان

الإجاره على المعاطاه الخارجيّه، وكذلك فى الهبه - وهى فى الأعيان دائماً - للصّدق بلا إشكال.

إنمـا الكلام فى إجاره الأعمال، والإنصاف أنه مشـكلٌ، للإشـكال فى تحقّق مضـمون الإجاره بالمعاطاه، لأنّ إجاره العمل هى أنْ يملـك المسـتأجر العمل فى ذمّه الأجير، والإيجاب فى الإجاره يكون دائماً من طرف الأجير، فأمّا قبل العمل، فلا دليل على كونه ملكاً للمسـتأجر حتى يوجده الأجير، وأمّا بعد العمل، فلا شـىء حتى يكون ملكاً للمستأجر. والقول بأنه لو أخذ الأجير الأجره قبل العمل - مع أنه لا يسـتحقّها - كان الأخذ بمنزله الإيجاب منه لتمليك العمل فى ذمّته للمسـتأجر المعطى للأُجره، والإعطاء بمنزله القبول، وكـذا لو جـاء بـالثوب مثلاًـ إلى الخيّـاط، فـإنه بمنزله القبول، وأخـذ الخياط الثوب إيجابٌ منه لتمليك الخياطه لصاحب الثوب، تكلّف.

وتلخص: جريان المعاطاه فى الهبه.

وأمّا فى الإجاره، فلابدّ من التفصيل بين الأعيان، فتجرى، والأعمال فلا تجرى، فظهر ما فى إطلاق قول الشيخ:

الأظهر بناءً على جريانها فى البيع جريانها فى غيره من الإجاره والهبه... .

وتعرّض للرّهن فقال:

وظـاهر المحكّى عن التـذكره: عـدم القول بالفصـل بين البيع وغيره، حيث قـال فى باب الرّهن... لكن استشـكله فى محكىّ جامع المقاصد... ولعلّ وجه الإشكال:

عدم تأتّى المعاطاه بالإجماع فى الرهن على النحو الذى أجروها فى البيع... .

وحاصـل كلامه: عـدم جريانهـا فى الرّهن على جميع الأقوال، لأنه إنْ كـان المقصود بالمعاطـاه هو الإبـاحه، كمـا عليه صاحب الجواهر، فهذا خلاف المقصود من الرّهن، إذ المقصود منه تصرّف المرتهن فيما يأخذه، وإن كانت

المعاطاه مفيـدهً للإباحه – وإنْ قصـد بها التمليك – كما عليه المشـهور، فكـذلك، وإن كانت مفيدهً للملكيّه الجائزه، فهى مباينه للوثـاقه الرهنيّه. وأمّـا القول بأنّ المعاطاه فى خصوص الرّهن مفيـده للّزوم، فهـذا خلاف الإجماع على أن العقود اللّازمه يعتبر فيها اللّفظ.

أقول:

وهو كلام متين جـدّاً، لكن لنا أنْ نقول: المعاطاه تفيـد الملكيّه، ونسـلّم بأنها الملكيّه الجائزه، لكنّ هـذا الجواز إنما جاء من ناحيه الإجمـاع، وإلّـا فمقتضـى القاعـده هو اللّزوم، وعلى هـذا، فكلّ عقـد أمكن فيه الجواز واللّزوم، كان الإجماع مانعاً فيه عن اللّزوم، وكلّ عقدٍ لا يتحقّق فيه حقيقه العقد إلّا باللّزوم، فهو خارج عن القدر المتيقن من معقد الإجماع، والرّهن بعد شمول العمومات له من هذا القبيل، فالمعاطاه جاريه فيه وهى معامله لازمه.

قوله:

ولأجـل ما ذكرنا فى الرهن، يمنع من جريان المعاطاه فى الوقف، بأنْ يكتفى فيه بالإقباض، لأنّ القول فيه باللّزوم منافٍ لم اشـتهر بينهم من توقّف اللّزوم على اللّفظ، والجواز غير معروف فى الوقف من الشارع. فتأمّل... .

أى: إنّ الوقف حبس العين وتسبيـل المنفعه، فحقيقه الوقف ليس الإبـاحه بـل هو الحبس، وإفـاده المعاطـاه جواز الوقف لا لزومه ينافى حقيقته، وإنْ قلنا بإفادتها اللّزوم، كان مخالفاً لما أطبق عليه الأصحاب من الاحتياج إلى اللّفظ.

ص:٣٣٦

فی الوقف؟

أقول:

إنَّ حقیقه الوقف من الوقوف، فهو إیقافٌ للملک وحبسٌ للعین عن الإنتقال، لأنّ الملک فی حدّ ذاته قابلٌ للانتقال، والوقف سواء علی الأولاد أو علی العامّه، وسواء کان تحریراً للملک کما یعتق العبد، أو تملیکاً لجهه، فلا انتقال فیه ولا جریان، بل هو علی کلّ تقدیرٍ إیقافٌ للعین، فإنْ لم یُعتبر فیه قصد القربه، جاز الوقف المعاطاتی، وکان له الرجوع فیه، إلّاأنْ یقوم الإجماع علی عدم الجواز، وإنْ اعتبر فیه القصد - کما هو المشهور - فالدّلیل الشرعی قائم علی الحبس وهو ما دلّ علی أنّ «ما کان للّه لا یرد».
فالدلیل علی اللّزوم هو الدّلیل الشّرعی الخاصّ.

فظهر الفرق بین الوقف والرّهن، إذ الرجوع والجواز ینافی حقیقه الرّهن ولا ینافی حقیقه الوقف، لکنّ المانع ما ذکرناه.

والحاصل: إن المعاطاه جاریه فی الرهن والوقف، وهی لازمه فی کلیهما. والجواب عن الإجماع علی الجواز فی المعاطاه قد تقدّم.

ص:۳۳۷

التّنبيهُ السادس: فی ملزمات المعاطاه علی كلٍّ من القول بالملک والقول بالإباحه

اشاره

قال الشيخ:

إعلم أنّ الأصل علی القول بالملک: اللزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانيه المتقدّمه، وأمّا علی القول بالإباحه، فالأصل عدم اللّزوم، لقاعده تسلّط الناس علی أموالهم... .

أقول:

أمّا بناءً علی إفاده المعاطاه الملک، فإنّ الوجوه الثمانيه تفيد اللّزوم، وهی:

قاعده السّلطنه، فالآخذ مالک وله السّلطنه، وليس للمعطی الرجوع والتصرّف علی خلاف سلطنه الآخذ.

وقوله: لا يحلُّ... ووجه الاستدلال كسابقه.

وآيه التّجاره، فإنها تدلُّ علی اللّزوم بكلتا الجملتين.

وآيه الوفاء بالعقود، ومقتضاها أنْ يكون المعطی واقفاً علی العقد الذی أوجده وأنْ يفی به، فلو رجع عن عقده فقد خالف الأمر بالوفاء.

والبيّعان بالخيار... فإنه مع الافتراق لا رجوع له. وفی بعض الألفاظ:

وجب البيع.

والمؤمنون عند شروطهم، دلّ علی أنّ المؤمنين واقفون عند شروطهم، ملتزمون بها، لا يخالفونها، والرجوع ينافی هذا المعنی.

والاستصحاب، فإنّ مقتضاه بقاء ملكيّه الآخذ.

وأمّا بناءً على إفادتها الإباحه، فمقتضى القاعده هو الجواز، وأنّ للمعطى الرجوع فيما أعطاه، لعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم» واستصحاب السّلطنه الموجوده من قبل المعاطاه، فإنه لو شكّ بأنّ هذه الإباحه تزيل السّلطنه أوْلا؟ يستصحب بقاؤها، وهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب الإباحه الحاصله للآخذ قبل رجوع المعطى.

إلى هنا كلام الشيخ.

فأقول:

إنّ ما ذكره بناءً على القول بالملك تام، لكنّ كلامه بناءً على القول بالإباحه مجمل جدّاً، بل الإنصاف عدم خلوّه من الإشكال، لأنّ الإباحه فى المعاطاه على أنحاء:

١ - الإباحه المالكيّه المقصوده للمتعاطيين، وهو مختار صاحب الجواهر.

٢ - المعاطاه المقصود بها الملك، لم يعتبر الشارع فيها الملكيّه واعتبر الإباحه المالكيّه الضّمنيه الحاصله ضمن التمليك المقصود.

٣ - المعاطاه بعنوان التمليك، وكان الرّضا تمليكاً ولم يكن هناك رضا بالإباحه فى الضّمن، والشّارع لم يمض هذا الرّضا، وإذْ سقط التمليك لعدم اعتبار الشارع، سقط الرضا تبعاً له، إلّاأنّ الشّارع قد اعتبر الإباحه، فهى إباحه شرعيّه تعبّديه محضه، فكأن الشارع يقول: من أعطى ماله إلى غيره بقصد التمليك، فهذا الإعطاء عندى سبب لترخيصه فى التصرّف، وإنْ كان تصرّفه على خلاف رضا المالك، نظير المعامله الفاسده، حيث أنّ الشارع لم يعتبر الملكيّه فى العقد الفاسد، ولا يوجد هناك رضا من المالك بالتصرّف، لكنْ يوجد فى المعاطاه هكذا تعبّد من الشارع.

ص:٣٣٩

فإن كانت الإباحه من قبيل الأوّل، فللمعطى الرجوع، لقاعده السّلطنه، لأنّ الشىء باق على ملكه ولم يقصد هو التمليك ولا جاء من قبل الشارع ملكيّه تعبّديه، وحينئذٍ، لا معنى لأنْ يجمع الشيخ بين القاعده والاستصحاب، لأنّ مقتضى القاعده كون المال مالاً له، ولا شك فى بقاء الملكيّه، مضافاً إلى أنه مع وجود الدليل لا مجال للأصل، كما أنّ استصحاب الإباحه أيضاً لا معنى له، حتى يكون ذاك حاكماً عليه، لأنه قد أباح ثم رجع.

وإنْ كانت الإباحه ضمنيّهً حاصلهً من المالك وقد اعتبرها الشارع، فإنّه - وإنْ زعم أن المال خارج عن ملكيّته - لا يزال المال فى ملكه بحكم الشارع، فالإضافه الملكيّه موجوده وعلى أساسها تجرى قاعده السلطنه، وله الرجوع، فلا تصل النوبه إلى استصحاب السّلطنه السّابقه، ولا تجرى أصاله الإباحه حتى يكون محكوماً.

وإنْ كانت الإباحه شرعيّه تعبّديه - بأنْ يقول: إنه وإنْ لم يتملّك المتعاطيان المالين، ولا رضا منهما بالتصرّف أصلًا، فهما متعبَّدان بإباحه التصرّف فيما أخذاه - فإنه يستصحب بقاؤهما بعد المعاطاه ورجوع المالك، لأنّه يشكّ فى أنه بالرجوع قد ارتفعت بالإباحه الشرعيّه أوْلا؟ فالأصل بقاؤها، وهذا الأصل لا يمكن أنْ يكون محكوماً. نعم، قاعده السّلطنه محفوظه، فله التصرّف فى ماله، كأنْ يبيعه مثلًا فيرتفع الموضوع، لكنْ مادام هو موجوداً فالشارع تعبّد بجواز التصرّف للآخذ، وكلّما يقول: لست براضٍ بتصرّفاتك، لم يكن مؤثّراً، لأنّها إباحه شرعيّه لا مالكيّه، والمالكيّه هى التى ترتفع بالرجوع.

فإذن، ليس هناك منافاه بين قاعده السّلطنه واستصحاب بقاء الإباحه، فضلًا عن أن يوجد التنافى بين استصحابهما فيقال بتقدّم ذاك على

هذا بالحکومه.

وعلی فرض جریان استصحاب السّلطنه، فإنه یفید لأنْ یتصرّف المالک فی ملکه التصرّفات الناقله أو المتلفه، وأمّا مادام المال موجوداً، فالحکم بالإباحه الشرعیّه موجود، ومع الشکّ فی بقائه یستصحب.

تلف العوضین

قوله:

إذا عرفت هذا، فاعلم: أن تلف العوضین ملزم إجماعاً - علی الظّاهر المصرّح به فی بعض العبائر. أمّا علی القول بالإباحه فواضح، لأنّ تلفه من مال مالکه، ولم یحصل ما یوجب ضمان کلٍّ منهما مال صاحبه. وتوهّم جریان قاعده الضّمان بالید هنا مندفع بما سیجئ.

أقول:

توضیح کلامه وتقریب مرامه هو: إن سبب الضّمان إمّا الإتلاف أو الید، أمّا قاعده الإتلاف - من أتلف مال الغیر فهو له ضامن - فمصطاده من موارد عدیده من الشّریعه، لکنّ کلّ قاعده مصطاده کذلک، فلابدّ وأنْ یکون لها جهه یشترک فیها جمیع الموارد، والجامع بینهما هنا هو عدم وجود الإباحه الشرعیّه، فلو کان الإتلاف من ناحیه الإباحه، فلا ضمان، فالإتلاف الذی هو سبب الضّمان یکون حیث لا إباحه، والمفروض هنا وجود إباحه التصرّف شرعاً، فلا تجری القاعده.

وأمّا قاعده الید - علی الید ما أخذت حتی تؤدّی - فهی موجبه للضّمان عند التلف، فیما لو کان الإنسان مخاطباً بردّ العین حال وجودها، والمتعاطیان لم یکونا مکلَّفین بالأداء، فهما فی حال التلف لیسا بمکلَّفین

بأداء المثل أو القيمه. ولذا قال الشيخ: لأنّ تلفه من مال مالكه ولم يحصل ما يوجب ضمان كلٍّ منهما مال صاحبه.

لكن يرد عليه:

أوّلاً: قوله على الإباحه.

فإنّ القول بالإباحه – وهو قول المشهور – مبنيٌّ على أن المعاطاه بيع فاسد، وسيأتى أن كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فلماذا قال بعدم الضمان؟

وثانياً: قد تقدّم – فى الكلام على ما ذهب إليه كاشف الغطاء رحمه اللّه، من أنّ القول بإفاده المعاطاه للإباحه يستلزم تأسيس قواعد جديده – قول الشيخ: بأنه إذا تلف المأخوذ بالمعاطاه نستكشف الملكيّه قبله آنّاًمّا، وعلى ما ذكره هناك، يكون التلف من كلٍّ منهما فى ماله، فإذن، لا موضوع للضّمان.

فما أفاده هنا ينافى كلامه هناك، ولا طريق للجمع بينهما.

نعم، لو قيل فى البحث عن تلك القاعده، بأنّ الإقدام على الضمان لا يكون سبباً لضمان المثل أو القيمه بتلف العوضين، كان لما ذكره وجه، لكنّه لا يقول بذلك.

قوله:

وأمّا على القول بالملك، فلما عرفت من أصاله اللّزوم، والمتيقَّن من مخالفتها جواز ترادّ العينين، وحيث ارتفع مورد الترادّ امتنع... .

أقول:

إن القدر المتيقَّن من الخروج من الأصل، هو صوره وجود العينين، وأمّا مع تلفهما فالقاعده محكّمه.

قال بهذا، والحال أن مسلكه أنه لو كان الحكم مترتّباً على عام، ومتعلَّق

الحکم أمر زمانی ولکنْ کانت حیثیّه الاستمرار الزمانی فیه من ناحیه الإطلاق، وبعباره اخری: الحکم متوجّه إلی المتعلّق الذی له استمرار فی الزمان، وکان الزمان ظرفاً للمتعلَّق - لا- مفرّداً للحکم - فلو کان للمتعلّق حکم فی زمانٍ علی خلاف حکم ذلک العامّ، فإنه مع الشک بعد ذلک الزّمان لا یتمسّک بالعام، فکیف یقول هنا بالتمسّک بالعمومات؟

ولقد تعرّضنا لهذا المطلب فی بحوثنا الاصولیّه، ولنا فیه مسلک خاص، توضیحه:

إنه لو قال: «أکرم العلماء» کان ظاهراً فی إکرامهم فی کلّ زمانٍ وبأنحاء الإکرام، لکنّ هذه الأنحاء غیر مأخوذه فی اللّفظ، بل هذا الاستمرار مستفاد من الإطلاق، بخلاف ما لو قال: «أکرم العلماء فی کلّ یوم»، فإنّ الحکم متوجّه إلی أفراد الإکرام المتعدّده بعد الأیّام، فإکرام کلّ یوم متعلَّق للإیجاب، فإنْ قال بعد القول المذکور: «لا تکرم زیداً العالم فی یوم الجمعه»، فقد أخرج یوم الجمعه وبقی وجوب إکرامه فی سائر الأیّام، لأنّ المفروض هو تعدّد الإکرام، ولو شک فی وجوب إکرامه فی غیر الجمعه، تمسّک بالعام بلا کلام.

أمّا لو کان قوله: «لا تکرم زیداً العالم فی یوم الجمعه» بعد قوله: «أکرم العلماء» وکان استمرار الإکرام من باب أنّ الزمان ظرف للإکرام، فإنه لا یتمسّک بالعامّ لدی الشک فی إکرامه عدا یوم الجمعه، لأن قوله: «یوم الجمعه» لیس مخصّصاً للعموم الأزمانی، إذ المفروض أنْ لا عموم أزمانی، فلا محاله، یکون «لا تکرم» مخصّصاً ل«العلماء». فزید یخرج من تحت العلماء یوم الجمعه، ولا یتمسّک بوجوب الإکرام بالنسبه إلی یوم السّبت مثلاً، بل یستصحب حکم یوم الجمعه.

هذا مسلک الشیخ رحمه اللّه، کما فی التنبیه العاشر من تنبیهات

ص:۳۴۳

الاستصحاب (۱) وكذا فى خيار الغبن (۲).

وفيما نحن فيه، مقتضى الآيه المباركه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هو الإستمرار الأزمانى لوجوب الوفاء، فإذا قام الدّليل على جواز المعاطاه مع وجود العينين، كان مخصّصاً للعموم و دالّاً على عدم وجوب الوفاء فى زمان وجود العينين، فتسقط حينئذٍ أصاله اللّزوم، ويستصحب حكم المخصّص، وإذا سقطت دلاله الآيه، سقط غيرها من الأدلّه بالأولويّه، ولا مجال للإستصحاب، لأنّ الملكيّه السّابقه كانت جائزهً، واستصحاب بقاء هذه الملكيّه لا يفيد اللّزوم.

لكنّ الحقّ - كما ذكرنا فى الاصول - أنّ الزمان فى الأدلّه قيد للمتعلَّق، إذ الإكرام إنّما يقع فى الزمان، فإذا ورد عام وتعلَّق بحكم كآيه الوفاء، كان ظاهراً فى الإطلاق بحسب الأزمنه، والزّمان ظرف للوفاء لا للحكم، وإنّما ترفع اليد بقدر المخصّص، وعليه، فالوفاء واجب إلّافى ظرف وجود العينين.

فما ذهب إليه الشيخ هنا صحيح على هذا المسلك المحقَّق، لا على مسلكه فقهاً واُصولاً، وإنْ اختاره بعض مشايخنا، فإذا تمّ ما ذكرنا فى الآيه، كان جارياً فى غيره من العمومات، لأنّ المخصّص هو الإجماع، وهو دليل لبّى يؤخذ منه بالقدر المتيقَّن، وهو حال وجود العوضين كما ذكر، والمرجع فى غيره هو العمومات.

هذا، وقال المحقق الخراسانى معلّقاً (۳) على قول الشيخ: والمتيقّن من مخالفتها جواز ترادّ العينين، ما ملخّصه: أن المراد ليس انتقال العينين من

۱- ۱) فرائد الاصول: ۳۹۵ ط الحجريّه.

۲- ۲) المكاسب: ۲۴۳ ط الشهيدى.

۳- ۳) حاشيه المكاسب: ۲۲.

مكانٍ إلى آخر خارجاً، بل هو الترادّ فى الملكيّه، وهو عباره اخرى عن حلّ العقد، ولـذا قال ابن إدريس: بأنَّ المعاطاه يجوز فيها الفسخ. فالترادّ ملكاً يرادف جواز الفسخ، وحينئذٍ، يترتّب عليه الرجوع إلى البدل.

وفيه:

أوّلاًـ: إن كان المراد هو الترادّ فى الملكيّه، فهل الموضوع ترادّ طبيعىّ العوضـين أو خصوصـهما؟ إن كان الأوّل، فالإشكال وارد، لكنّ الموضـوع لجـواز الـترادّ هـو العينـان بوصـف وجودهمـا الخـارجى، وبمجرّد التلـف يرتفع موضوع الحكم وبارتفـاعه يرتفع الحكم، وحينئذٍ تتحكّم أدلّه اللزوم.

وثانياً: أنا لو تنزّلنا عن أنّ الموضوع مقيّد بوصف الوجود، فلا أقل من الشكّ.

لكنْ لاـ يتـوهّم دخـوله فى القسم الثـانى من استصـحاب الكلّى، بـأنْ يكـون الجواز مردّداً بين فردين، أحـدهما زائـل وهو الـترادّ المتّصف بـالوجود والآـخر بـاق، وهو ترادّ طـبيعى العوضـين، فيستصـحب جواز الـترادّ الثـابت قبـل التلف، فيكون الحق مـا ذكره المحقق الخراسانى.

إذ فيه: إنه لاـ مـانع من استصـحاب الكلّى القسم الثـانى فى الموضوعـات، لكنّه فى الأحكـام موقـوفٌ على إحراز الموضوع، لأـن وحـده الموضـوع فى الإستصـحاب شـرط، لكنّ الموضـوع مشـكوك فيه، فلاـ يجرى الاستصـحاب، ومن هنـا يمكن القـول بـأنّ الاستصحاب من القسم المذكور منحصرٌ فى الموضوعات.

قوله:

ولم يثبت قبل التلف جواز المعامله على نحو جواز البيع الخيارى حتّى يستصحب بعد التلف، لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من

بقائه... بخلاف ما نحن فيه... .

أقول:

إنّ معنى اللّزوم بعد التلف هو أنْ لا يرجع إلى البدل من المثل أو القيمه، وبيان ذلك:

أمّا على بالإباحه، فإنّ الإباحه على أربعه وجوه:

أمّا على ما ذهب إليه صاحب الجواهر، من أن المتعاطيين يقصدان الإباحه من أوّل الأمر، فلأنه إذا تلف العوضان، فهما تالفان فی ملک المالک، فلا تکون ید الآخذ ید ضمانٍ حتی یضمّن بعد التلف بالرجوع إلى البدل، بل اللّزوم حاصل.

وأمّا على ما ذهب إليه الشهيد الثانی – وتبعه المحقق الخراسانی – من أنّ المعاطاه تفيد الملک بشرط تلف العوضين، فإن كان بنحو الشرط المتأخر، فإنه يستكشف منه حصول الملكيه من أوّل الأمر وأنّ الإباحه كانت ظاهريّةً، وإن كان بنحو الشرط المقارن، بأنْ تحصل الملكيه مقارنةً للتلف، فالإباحه قبل التلف ثابته بالدليل الخارجی، أو أن تسليط المعطی فيه إباحه مالكيه ضمنيّه، فإذا تلفت العين كان التلف واقعاً فی ملكه، فلا موضوع للضمان.

وأمّا القول: بأنّ المتعاطيين وإنْ قصدا التمليک لكنّ الشارع لم يمضه وأن البيع فاسد، إلّاأنّ التسليط اليدی الحاصل يفيد الإباحه المالكيه الضمنيه، فالعين غير تالفه فی ملک من كانت عنده، بل هی من مال المالک الأوّل، إلّاأنه لا ضمان، لعدم جريان قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، ووجه عدم الجريان هو: إنّ تلک القاعده إنما تجری حيث لا إباحه مالكيه.

وأمّا على القول: بإفاده المعاطاه للإباحه بالتعبّد الشرعی، بأنْ يكون الشّارع متعبّداً بها بعد عدم إمضاء ما قصداه من التمليک، فلا ضمان كذلک،

ص:۳۴۶

لما أفاده الشيخ سابقاً من أنّ الإجماع على عدم الضمان يكشف عن أنّ الإباحه كانت إلى وقت ما قبل التلف، فإذا حصل تحقّقت الملكيّه، فيكون التلف فى الملك، فلا موضوع للضّمان، وعلى فرض عدم قبول ما ذكره، المبنىّ على مقتضى الجمع بين الأدلّه، أمكن القول بأنّ القاعده المتقدّمه غير جاريه هنا كذلك، لأنّها إنما تجرى حيث لا إباحه مطلقاً، والمفروض فى المقام وجود الإباحه الشرعيّه التعبديّه.

وهذا كلّه بناءً على الإباحه.

وأمّا على الملك، بمعنى أنّ المعاطاه تفيد الملكيّه وقد أمضاها الشّارع، فيكون كلّ واحدٍ مالكاً للعوض الذى يأخذه، مع جواز الترادّ، فقد ذكر الشيخ أنّ جوازه محدود بالإمكان، وهو حيث يكون العوضان موجودين، فعلى هذا، يصحّ التمسّك بأصاله اللّزوم، لأن القدر المتيقن خروجه هو حال وجود العوضين.

وقد أورد عليه بعض الأكابر بوجهين مهمّين:

أحدهما: إنّ أصاله اللّزوم مستنده إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم»، لكنّ زمان وجود العوضين ظرف للحكم لا قيد، وقد قرّر الشيخ أنّ فى مثله لا يتمسّک بالعام بل يستصحب حكم الخاص، فالمرجع حينئذٍ استصحاب جواز الترادّ.

والثانى: إن المراد من الجواز فى المعاطاه عباره عن جواز الرجوع فى العوضين، نظير رجوع الواهب فى الهبه، فليس جواز الترادّ على نحو جواز الفسخ. هذا ما ذكره الشيخ. فيرد عليه: إن ذلک عباره اخرى عن حلّ العقد وفسخه، إذ لا معنى لبقاء العقد بعد استرداد كلٍّ منهما ما أعطاه وإرجاعه إلى ملكه، ولازم انحلال العقد هو الرجوع إلى المثل أو القيمه، فلماذا لا يقول

الشيخ بذلک؟

أقول:

إن المعاطاه هی الإعطاء والأخذ، والترادّ عباره عن الاسترجاع لما اعطی واُخذ، وجوازه حکم ثابت بالإجماع، فموضوع جواز الترادّ هو استرداد العوضین إلی الملک، ولازم ذلک انحلال العقد، لا أنّ جواز الترادّ عین فسخ العقد وحلّه، ففرقٌ بین فسخ العقد - کما فی الخیار - ولازمه الترادّ، وجواز الترادّ الذی یکون فسخ العقد لازماً له، فهما متغایران متعاکسان. وإذا علمت هذا، فمن الواضح أنّ جواز الترادّ للعوضین إنّما یکون مع وجودهما، فإذا انتفیا فلا حکم بالجواز لعدم بقاء الحکم بعد ارتفاع الموضوع.

وعلی هذا، فلا مجال للبحث عن انحلال العقد، لأنه إنّما کان علی أثر جواز الترادّ، وإذ امتنع فلا یبحث عنه، حتی یقال بأنّ لازم الإنحلال هو الرّجوع إلی المثل أو القیمه.

وبما ذکرنا ظهر: أن الشیخ لا یرید التمسّک بالعموم، حتّی یقال بأنّه من التمسّک بالعام بعد انقضاء زمان المخصّص.

فالإشکالان مندفعان.

تلف احدی العینین

قوله:

ومنه یعلم حکم ما لو تلف احدی العینین أو بعضها علی القول بالملک.

أقول:

لأنّ القدر المتیقّن من الجواز بناءً علی الملک هو وجود العینین، لأنّ الترادّ کان فی صوره وجودهما بتمامهما، وأمّا مع تلف أحدهما أو بعضه،

فالمرجع عمومات اللّزوم.

قوله:

وأمّـا على القول بالإبـاحه، فقـد اسـتوجه بعض مشايخنا - وفاقاً لبعض معاصـريه تبعاً للمسالك - أصاله عـدم اللّزوم، لأصاله بقاء سلطنه مالك... .

أقول:

وجه القول بعدم اللّزوم هو: إنّ كلّاً منهما كان يجوز له التصـرّف بما فى يده، فلو تلف أحد العوضين فلا دليل على تملّك الآخر، بل إنّ الذى تلف ما كان بيده يحكم عليه بدفع البدل، عملاً بدليل السّلطنه الثابته للطّرف المقابل.

قوله:

وفيه: أنها معارضه بأصاله براءه ذمّته عن مثل التالف أو قيمته... .

أقول:

قال السيّد: لا معارضه بين الأصل والدّليل، بل الدّليل مقدَّم.

لكنّه غفله عن كلام الشـيخ، فقد تمسّک بأصاله السّلطنه لا قاعدتها، لأنّه بعد تلف احدى العينين واحتمال كون العوض الموجود بيـد الآخر ملكاً له، فلا مجرى للقاعـده، لعدم إحراز كونه مالكاً له، فصدق «أموالهم» عليه غير معلوم، لكنه مجرى للاستصـحاب، فيستصحب بقاء المال على الملكيه السّابقه وتترتب عليه السّلطنه، وتكون ذمّه من تلف بيده مشغوله بالبدل، فلا يرد الإشكال، وما ذكره هو الصحيح.

إلّا أنه يقع التعارض بين الإستصـحاب وأصاله عدم اشتغال ذمّه من تلف عنده المال عن المثل والقيمه، فيتساقطان، ولا يبقى دليل للرجوع فى العين الموجوده.

وممّا ذكرنا ظهر أن الصحيح هو التعبير بأصاله عدم اشتغال الذمّه

ص:٣۴٩

لا ـ براءتها، لأنّ أصاله البراءه أصل حكمى ولا يجرى الأصل الحكمى مع وجود الأصل الموضوعى، لا سيّما الاستصحاب، إلّاأن يكون مراده ما ذكرناه.

قوله:

والتمسّک بعموم على اليد هنا فى غير محلّه، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده، إذا بنى مالک العين الموجوده على إمضاء المعاطاه ولم يرد الرجوع، إنما الكلام فى الضّمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

أقول:

حاصله: إن الضّمان إنما يكون فيما لو كانت اليد يد ضمان من أوّل الأمر، ولكنها ليست كذلک. وأيضاً، لو لم يرد صاحب المتاع الرجوع لأخذه فذمّته غير مشغوله بالبدل، إنما يكون الإشتغال لو أراد الرجوع، وعلى هذا، فمعنى التمسّک بالقاعده هو أن يده على الثمن كانت يد ضمانٍ تعليقى، والقاعده لا تفيد الضّمان التعليقى أصلًا.

وتلخّص: لزوم هذه المعامله.

وقوله:

لكن يمكن أنْ يقال: إن أصاله بقاء السّلطنه حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه، مع أنّ ضمان التالف ببدله معلوم، إلّاأنّ الكلام فى أنّ البدل هو البدل الحقيقى، أعنى المثل أو القيمه أو البدل الجعلى، أعنى العين الموجوده، فلا ـ أصل. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال... فتدبّر.

أقول:

مراده تأييد ما ذهب ما ذهب إليه صاحب المسالک ومن تبعه، ودفع

ص:٣٥٠

المعارضه التى ذكرها: بأن أصاله السّلطنه أصلٌ سببيّ وأصاله البراءه أصل مسبّبى، والأصل السّببىُ حاكم على المسبّبى، لأن مفاد أصاله السّلطنه هو جواز الرّجوع فى المال، وعليه، فلمّا كنّا نعلم بأنّ مال أحد لا يذهب مجّاناً، فلا محاله يكون بعد رجوعه فى المال الموجود، ضامناً لمثل التالف أو قيمته للّطرف المقابل، فثبوت اشتغال ذمّه من تلف عنده المال لا يبقى مجالاً لجريان أصاله البراءه. هذا ما ذكره أوّلاً.

ثم قال: بأنّا نعلم إجمالاً بأنّ صاحب المال ضامن، لأنّ المال الذى أتلفه لم يكن مجّاناً، بل كان إباحةً بعوض، فهو ضامن إمّا للعين الموجوده وعليه دفعها للطرف ولا رجوع له فيها أو لمثل التالف أو قيمته. ومع هذا العلم الإجمالى لا يجرى أصاله البراءه عن الضّمان، فتكون أصاله السّلطنه جاريةً بلا معارض.

أقول: لقد كان الأولى أنْ يقول: عندنا علم إجمالى بثبوت الضّمان، فالأصلان – أصاله عدم اشتغال ذمّته، بتسليم العين الموجوده، وأصاله عدم اشتغالها بالمثل أو القيمه – يتعارضان ويتساقطان.

ثم قال: إنّ صاحب العين التالفه له سلطنه على ماله الموجود بيد الطّرف، ومقتضى عموم «النّاس مسلّطون» أن يكون له إرجاعه، والطرف المقابل المالك للثمن يرجع على من تلف عنده، بمقتضى عموم السّلطنه، فيطالبه بالبدل بعد تلفه.

هذا تمام كلام الشيخ فى المقام.

وفيما ذكره نظرٌ من جهات:

الأُولى: الذى فى المسالك أنه يقوّى اللّزوم بصراحةٍ، وأمّا عدمه، فقد احتمله احتمالاً وهذا نصّ عبارته حيث قال: لو تلف احداهما خاصّةً، فقد

صرّح جماعه بالاكتفاء به فى تحقق ملك الاخرى، نظراً إلى ما قدّمناه من جعل الباقى عوضاً عن التالف، لتراضيهما على ذلك، ويحتمل هنا العدم، التفاتاً إلى بقاء الملك وعموم: الناس مسلّطون على أموالهم. والأوّل أقوى، فإنّ من بيده المال فقد ظفر بمثل حقّه بإذن مستحقّه فيملكه، وإنْ كان مغايراً له فى الجنس والوصف، لتراضيهما على ذلك (١).

والثانيه: لقد كان الأولى أنْ يتمسّكوا بقاعده اليد فيقولوا: لا تجرى البراءه ولا معارض لقاعده السّلطنه، لأنه من تعليق الحكم بموضوعه، لكنّ الأحكام - وضعيّةً كانت أو تكليفيّةً - معلّقه على ثبوت الموضوع، ومعنى: لو رجع ضمن، أنه لو رجع انحلّ العقد، أى: إنه إن كان المال موجوداً أخذه وإنْ لم يكن موجوداً أخذ بدله، نظير رجوع ذى الخيار فى زمنه على من تلف المال بيده بأخذ البدل، مع أن يده عند التلف لم تكن يد ضمانٍ. وبعباره اخرى: فإنّ معنى: على اليد ما أخذت... أنه إن كانت العين موجوده وجب عليه أداؤها، وإلّا وجب عليه أداء البدل عنها.

فيرد على الشيخ:

أوّلاً: اليد يد ضمان، لأن الإباحه كانت معوّضه، فقوله: «ليست يد ضمان» غير تام.

وثانياً: قوله: إنه لو رجع ضمن بالبدل، معناه: إنه إنْ رجع يكون الطرف ضامناً، ومعنى الرجوع هو الفسخ، فيأخذ العين إن كانت وإلّا فبدلها، وكان الأولى أنْ يقال: أصاله السلطنه معتضده بقاعده اليد.

وعلى ما ذكرنا فى تصحيح كلام الجماعه، فلا حاجه إلى الوجوه التى

١- ١) مسالك الأفهام ١ / ١٦٥ - ١٦٦ ط الحجريّه.

أقامها الشيخ رحمه اللّه لتأييد ما ذهبوا إليه.

الثالثه: والوجوه هی:

١ - إنّ أصاله بقاء السّلطنه حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه. وتقريبه: إن الشكّ فی اشتغال ذمّته وعدمه، مسبَّب عن أنْ يكون له حقّ الرجوع أوْ لا يكون، وقاعده السّلطنه تفيد أن له الرّجوع، وإذا جرى الأصل فی ناحيه السبب لم يبق شک فی اشتغال الذمّه.

وفيه: عدم جريان الحكومه هنا، لأنها مشروطه بأنْ تكون السببيّه شرعيّةً وهی هنا عقليّه، بل الأصل هنا فی الحقيقه مثبت، لأنّ أصاله السّلطنه تثبت حقّ الرّجوع، وإذْ لا يكون مال الآخر مجّاناً، فلازم السّلطنه براءه الذمّه.

بل لو أردنا إحراز قانون الشک السببیّ والمسبّبی مع النظر إلى اللّوازم، جاز أن يكون المورد بالعكس، بأنْ يكون الشكّ فی الرجوع وعدمه مسبّباً عن الشكّ فی اشتغال الذمّه بالبدل وعدمه، ويكون الحاكم استصحاب عدم الضّمان.

٢ - إنّ ضمان التالف ببدله معلوم، إلّاأنّ الكلام فی أن البدل هو... .

فإمّا يريد: أنا لمّا نعلم بالإجمال بالضّمان، فلا أصل يعيّن ضمان البدل الجعلی وهو المسمّى، أو البدل الحقيقی وهو المثل أو القيمه، حتّى يجرى أصاله عدم ضمان الآخر، فلا تجرى البراءه عن المثل أو القيمه. أو يريد: انا لمّا نعلم إجمالاً بالضّمان، فإن أصاله عدم ضمان المسمّى تتعارض مع أصاله عدم ضمان البدل الحقيقی، وإذا تساقطا، فلا أصل يكون معارضاً لأصاله السلطنه.

وفی كلا الوجهين إشكال، وإنْ كان ظاهر بيان السيّد وروده على أحدهما فقط، لعدم جريان أصاله السّلطنه على كلّ تقدير، لأنّ معنى جعل

الشارع البدل - وهو المسمّى أى العين الموجوده - كونها بدلاً عن الملك التالف بيد الآخر، لأنه قبل التلف صار ملكاً لمن تلف عنـده آناًمّا، فتكون العين الموجوده ملكاً للطرف بحكم الشارع، وحينئـذٍ، فقول الشـيخ بالمعارضه - بين أصاله عدم جعل الشارع العين الموجوده بدلاً، وأصاله عدم اشتغال الذمه بالمثل والقيمه، وأنهما يتساقطان وتبقى أصاله السّلطنه بلا معارض - فيه:

إنّـا قـد ذكرنـا سابقاً أن الأصل بقاء الملكيه، والسّـلطنه من آثارها وأحكامها - وقـد احتملنا أن يكون هـذا مراد الشّـيخ من أصاله السّـلطنه - ومقتضـى ذلـك هو عـدم كون هـذا الموجود بـدلاً مجعولاً من الشارع، لكنّ هـذا الاستصـحاب معارضٌ بأصاله عـدم اشتغال الذمّه بالمثل والقيمه، فيتساقطان، ولا يبقى موضوع لأصاله السّلطنه.

وإنْ اريـد من البدل الجعلى ما جعله المتعاطيان بدلاً، دار الأمر بين أن يكون الموجود بدلاً عن التالف أو يكون من تلف ما عنده مشغول الـذمّه بالمثـل أو القيمه، وحينئـذٍ نقول: إنّ بـدليّه هـذا الموجود حاصـله من المتعاملين، والشارع قـد أمضـى ذلك، ومع الشك نستصـحب بـدليّه العين الموجوده، ونستصـحب أيضاً الحاله السّابقه لجعل المثل والقيمه بدلاً، وهى عدم البدليّه، فالأصـل كون العين الموجوده بدلاً، والأصل عدم اشتغال الذمّه بالقيمه والمثل، فالأصلان يجريان ولا منافاه بينهما.

ولو تعبّدنا بكون العين الموجوده هى البدل، فلا معنى للسّلطنه، لأنها لا تجرى فى الملك المضمون به.

وتلخّص: إنه إن كـان المراد جعـل الشـارع، فلا موضوع لأصـاله السّـلطنه، وإنْ كـان المراد جعـل المتعاطيين، فلا مجرى لأصاله السّلطنه.

فهذا الوجه لعدم اللّزوم ساقط كذلک.

۳ - إن عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» یدلّ علی السّلطنه علی المال الموجود بأخذه، وعلی المال التالف بأخذ بدله الحقیقی وهو المثل أو القیمه. فتدبّر.

أی: ومعه، لا مجال لجریان أصاله البراءه عن البدل، لأن القاعده دلیل اجتهادی حاکم علیها، ولا معارض للقاعده، فلا لزوم.

وفیه: إن الموضوع فی الحدیث هو «أموالهم» وهذه الإضافه مالکیّه، وکلّ متلبّس بالإضافه فهو ظاهر فی الفعلیّه، ففقه الحدیث هو کون الناس مسلَّطین علی أموالهم التی هی أموالهم بالفعل، فیکون ظرف السّلطنه هو ظرف الملکیّه، فلا یعقل أن یقال: بأنّ الإنسان مسلّط الآن علی ما کان مالاً له سابقاً وهو تالف الآن، لأنّ الإضافه تنعدم بانعدام طرفها، والتالف لیس الآن مصداقاً ل«أموالهم»، وأمّا کونه مسلّطاً الآن علی بدل التالف، فهذا معناه أنْ یکون الحکم محقِّقاً لموضوعه، وهذا باطل.

إذنْ، لا وجه للتمسّک بعموم قاعده السّلطنه لوجوب البدل، ولعلّه الوجه فی الأمر بالتدبّر.

والمختار: إن التلف مطلقاً مفید للّزوم، سواء علی القول بالملک أو الإباحه، - إلّاعلی قول صاحب الجواهر من قصدهما الإباحه من أوّل الأمر - لأن القدر المتیقَّن من دلیل الجواز - وهو الإجماع - وجود العوضین.

قوله:

ولو کان أحد العوضین دیناً فی ذمّه أحد المتعاطیین... .

أقول:

هذا الکلام مبنیٌّ علی عدم لزوم صدور الفعل من الطّرفین فی المعاطاه،

وهذا هو الصّحيح.

وأيضاً: فإنه إنْ كان من عليه الدين هو المشترى، فذاك يوجب، والمشترى بأخذه يقبل، وما فى الذمّه هو الثمن، وإنْ كان العكس، بأنْ كان البائع هو الدّين، فالمبيع ما فى الذمّه والذى يدفع خارجاً هو الثمن، فالمديون المشترى يعطى الثمن والبائع يأخذه والمبيع غير معطى، فإعطاء المديون الثمن قبول مقدَّم وأخذ ذاك إيجاب، مؤخّر، فقول الشيخ: لو كان أحد العوضين ديناً، يراعى فيه أمران: أحدهما كفايه الفعل من طرفٍ واحد، والآخر كفايه القبول المقدّم والإيجاب المؤخّر.

قوله:

فعلى القول بالملك، يملكه من فى ذمّته فيسقط عنه، والظاهر أنه فى حكم التلف، لأن الساقط لا يعود.

أقول

كون الإنسان مالكاً لِما فى ذمّته غير ممكن، إلّاأنْ يملكه فيسقط، نظير تملّك الإنسان لأحد عموديه آناًمّا وانعتاقه عليه، وهذا يبتنى على أن البيع عباره عن التمليك، بأنْ يكون حقيقه البيع تمليك العوضين، فإنه يملك آناً فيسقط، بمعنى أنه غير معقول حدوثاً وهو اعتبار عقلائى، وأمّا بقاءً، فلا يعقل بل يسقط.

فيرد عليه الإشكال: بأنّه لا يعقل أنْ يكون ثبوت الشيء علّهً لسّقوط نفسه؟

ولكن يمكن أنْ يقال: بأن لا حاجه إلى الإيراد بذلك، لأن البيع على من هو عليه إبراء وإسقاط، إذ السّقوط بحكم التلف فى إيجابه اللّزوم من أوّل الأمر، فلا ملزم للقول بالملكيه آناًمّا ليرد عليه ما تقدّم.

ص:٣٥٦

وقد علّل رحمه اللّه كون هذا السّقوط فی حکم التلف بأن: السّاقط لا يعود، والسرّ فی ذلک هو: إن عود الشیء ملازم لوحدته، ووحدته مباينه لتخلّل العدم، فإذا انعدم الشیء لم يکن العائد هوهو بل هو مثله.

قوله:

ويحتمل العود وهو ضعيف.

أقول:

قال السيّد: بل لا وجه له.

لکنّ الإنصاف أنه يمکن توجيهه بوجهين: بأنْ يقال بأنّ الذمّه عباره عن عهده الإنسان، وأی مانع من أن يعود إلی العهده مرّةً اخری ما خرج عنها؟ أو لأنّ وجود الحنطه - مثلًا - فی الذمّه اعتباری، وملکيّتها أيضاً اعتباری، فما کان وجوده وملکيّته اعتباريّاً لم لا يکون عائداً اعتباراً کذلک؟ والبرهان الذی ذکرناه يختصّ بالامور التکوينيّه.

إذنْ يحتمل العود.

لکنّه ضعيف، لأنّ قوام العهده مملوکيّه الحنطه، فإذا زالت المملوکيّه ارتفعت العهده، فلا تکون العهده أمراً منفصلًا عن مملوکيّه الحنطه، حتی يقال بخروج الحنطه عن العهده ثم عودها إليها، فالوجه الأوّل ضعيف.

والوجه الثانی ضعيف کذلک، لأنه إذا فرضنا قابليّه الشیء للعود، فإنّ صِرف القابليّه لا يکفی دليلًا علی إثباته، فإن کان المثبت للعود الاعتباری هو جواز المعاطاه، فهذا دور، وإنْ کان غير الجواز، فما هو؟ وعلی الجمله، فلا دليل مثبت له، ومجرّد الإمکان لا يکفی دليلًا.

وبعباره اخری: إنّ العهده ليست بأمرٍ ثابت کان فيه شیء فخرج عنه ثم عاد إليه، بل العهده واعتبار الذمّه بمشغوليّتها بالدين، فإذا سقط الدين

فلا ثبوت للذمّه والعهده، لا حقيقةً ولا اعتباراً.

فإنْ قلت: نعتبر ثبوت الدين بالفعل، فإنه بالفسخ يعود ويعتبر.

قلت: إن مفهوم العود هو أنْ يكون الشيء موجوداً فينتقل من مكانٍ إلى آخر، فاعتبار العود ملازم لاعتبار البقاء، إذْ لا يتحقّق مفهوم العود إلّامع بقاء الشيء، وإلّا كان حدوثاً جديداً، فلابدّ من أن يقال بأن الدين الساقط باق اعتباراً فى ظرف السّقوط ثم يعتبر عوده إلى الذمّه، ولكنّ اعتباره باقياً فى ظرف السقوط غير معقول.

فإن قلت: لِمَ لا يكون كما لو فسخ أو استقال؟

قلت: بعد الفسخ والإقاله تتحقّق ملكيّه جديده، لا أنه تعود الملكيه السّابقه.

فإن قلت: لِمَ لا يكون ما نحن فيه كذلك؟

قلت: لا مانع، لكنْ لا دليل.

فإن قلت: الدليل جواز المعاطاه.

قلت: إثبات إمكان العود بجواز المعاطاه يستلزم الدور، لأنّ الجواز متوقف على هذا الإمكان، فإن ثبت الإمكان من ناحيه الجواز فهذا دور.

فإن قلت: لم لا يجرى الاستصحاب؟ إذ المعاطاه كانت جائزه ونشكّ بسبب سقوط الدين فى ارتفاع الجواز ولزوم المعاطاه، فيستصحب الجواز، فيأخذ هذا العين الموجوده وذاك المماثل لما فى الذمّه.

قلت: أوّلاً: هذه المعاطاه مشكوك فى جوازها من أوّل الأمر، فلا حاله متيقّنه سابقه. وثانياً: الجواز الذى كان - على تقديره - جواز ردّ الشيء إلى الملك، وما فى الذمّه ليس له وجود خارجى ليعود بعد السقوط.

قوله:

والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحه. فافهم.

أقول:

يعنى: إن إباحه الدَّين عباره اخرى عن سقوطه، وإذا صدق السّقوط كان بحكم التلف، والمقصود منها هو الإباحه الشرعيّه، فإنْ كان المراد إباحه الانتفاع فقط بالدين، فلا معنى للانتفاع بما فى الذمّه، وإنْ أراد إباحه جميع التصرّفات حتى المتوقفه على الملك من البيع وغيره، فإن المفروض أنها إباحه، فلا مناص من الحكم ببطلان هذه المعاطاه.

أللّهم إلّاأن يقال: إن هذه الإباحه عباره اخرى عن الإسقاط، كما قال المحقق الخراسانى.

لكنّ هذا يحتاج إلى دليل.

وحينئذٍ، نبقى والأدلّه الدالّه على إباحه المعاطاه، فإنها تدلّ على ذلك فى كلّ موردٍ ممكن، وما نحن فيه لا تمكن الإباحه فيه.

فعلى القول بالإباحه لا مناص من البطلان.

لكنّا فى سعهٍ، لأنّا نقول بإفادتها الملك.

نقل العينين أو احداهما؟

قوله:

ولو نقل العينان أو احداهما بعقدٍ لازم، فهو كالتلف على القول بالملك، لامتناع الترادّ. وكذا على القول بالإباحه إذا قلنا بإباحه التصرّفات الناقله.

أقول

النقل إمّا يكون لأحدهما أو كليهما، وعلى كلٍّ إمّا بعقدٍ لازم أو جائز،

وعلى الأوّل، فإن عادت العين بحدوث حق الفسخ - كما لو ظهر الغبن - أو بإقاله أو بإرث أو هبهٍ أو ابتياعٍ جديد أو بتقاصٍّ، وبالجمله، فالمراد العود الملكى، فما هو الحكم؟ وهل يجرى الاستصحاب؟

إنْ حصل النقل بناقل لازم، فعلى القول بالملك - وكذا على الإباحه بناءً على قيام دليلٍ يجوّز له التصرّف الناقل - فهل الحكم هو اللّزوم، أو الجواز، بأنْ يجوز الرجوع وأخذ البدل، أو التفصيل بين ما لو باع - مثلاً - أحدهما فالجواز وما لو باع كلاهما فاللّزوم؟

التحقيق: أنه إنْ كان النقل الحاصل نقلاً ملكياً مطلقاً، فإنه يلتزم على كلا القولين بالملكيه آناًمّا، فيكون مالكاً قبل النقل والعوض الآخر ملك لمن هو بيده، وإلّا يلزم اجتماع العوض والمعوّض فى ملك الواحد، ووجه اللّزوم هو: انتفاء موضوع جواز ترادّ العينين المملوكين، بالخروج عن الملكيه بالنقل اللّازم.

فإن قلت: المراد من الجواز فى المعاطاه أنْ يثبت لكلٍّ منهما الحقُّ فى استرجاع العين، فيكون النقل بمنزله جعل الخيار للأجنبى. وبعباره اخرى:

إنه إذا نقل العين المتعلّق بها حقٌّ للغير فقد باع ملكاً غير طلق، فالجواز مانع عن تحقّق موضوع العقد اللّازم.

قلت: إنّ الجواز - والإباحه - فى المعاطاه حكم وليس بحق، فالمراد منه جواز الترادّ بحكم الشارع، فليست العين متعلّقاً لحقّ الغير حتى لا تكون طلقاً.

قوله:

ولو عادت العين بفسخ، ففى جواز الترادّ على القول بالملك لإمكانه، فيستصحب، وعدمه لأنّ المتيقّن من الترادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك

مالكه، وجهان، أجودهما ذلك.

أقول:

أمّا لو عادت العين بابتياعٍ ونحوه، فمن الواضح عدم جواز الترادّ، لأنّها ملكيّه جديده بسببٍ جديد ولا ربط لها بالمعاطاه، لأنّ العين التى كانت موضوعَ الجواز هى التى تملّكت بالمعاطاه، وأمّا لو عادت بفسخ كخيار الغبن أو الإقاله، فيمكن أنْ يقال: بأنّ الفسخ عباره عن حلّ العقد، فالعوضان يرجعان إلى ما كانا عليه من الملكيّه الاُولى، ويكون الدّاخل فى الملك بعد الخروج كأنْ لم يخرج، ويردّه: أن الفسخ إن كان مملّكاً - كما عليه جمع - فهذا تملّك جديد، نظير ما لو عادت بابتياعٍ ونحوه، وإلّا، فإن هذه الملكيّه ليست الاولى، لأن الملكيّه من الإضافات، وهى تتشخّص بطرفها، فبمجرّد زوال الطرف تزول الإضافه، والذى قام الدَّليل على جواز الترادّ فيه هو الملكيّه الاولى، والمفروض زوالها، فالحكم هو اللّزوم.

قوله:

فالموضوع غير محرز فى الاستصحاب.

أقول:

قال السيّد: لا شك فى البقاء.

ويمكن تقريبه: بأنّ المعاطاه قد اقتضت جواز ترادّ العينين، ثم حصل المانع وهو النقل اللّازم إلى الغير، فلمّا ارتفع المانع أثّر المقتضى أثره.

فأجاب الشيخ: بأن الموضوع فى الحاله السّابقه المتيقَّنه للجواز، والدليل عليه هو الإجماع، هو وجود العينين على الملكيّه الأوّليه، فلمّا عادت العينان فقد عادتا إلى ملكيّهٍ مغايرهٍ للملكيّه السّابقه، ولا أقلّ من الشك، فالموضوع غير محرز فى الاستصحاب، والمقتضى غير باقٍ حتى يؤثّر أثره

ص:٣٦١

بعد ارتفاع المانع.

وبعباره اخرى: هل الفسخ سبب للملكيّه الجديده كما يقول المشهور أوْلا بل إنّما يؤثّر فى رجوع العقد إلى حالته السّابقه؟ فعلى القول الأوّل، لا يجرى الاستصحاب، وعلى القول الثانى يجرى إنْ احرز الموضوع، والشيخ يقول بعدم إحرازه، وهذا هو الصحيح.

قوله:

وكذا على القول بالإباحه، لأنّ التصرّف الناقل يكشف... .

أقول:

لأنّ المباح له قد حصل له الملكيّه آناًمّا قبل وقوع الناقل الملزم، وإذْ فسخ فقد عاد إلى الملكيّه قبل النقل، ولا دليل على كون هذه الملكيّه جائزةً، فلا مجال لاستصحاب الجواز.

إلّا أنّ هنا شبهه هى: إن هذه الإباحه كانت شرعيّةً مع قصدهما الملكيّه، وهى إباحه معوّضه، فهى من شئون المعاطاه، فيمكن استصحابها بعد الفسخ.

لكنّها تندفع: بأنّ جواز الترادّ قد كان بما هما مباحان، وبعد التملّك آناًمّا خرجا عن الجواز، فالموضوع غير محرز.

قوله:

نعم، لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأوّل وإنْ كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعده السّلطنه جواز الترادّ... .

أقول:

ليس المراد: أن الفسخ حلّ العقد من أصله فالملكيّه من أوّل الأمر غير

حاصله. وإنْ قيل بذلك، لأن الفسخ حلّه من حينه، فالملكيّه حاصله. هذا أوّلاً.

وثانياً: على فرض كونه من أصله، فليس بمعنى أنّه لم يكن له ملكاً حقيقةً من أوّل الأمر، وإنّما هو تعبّد، بمشابه أنه لم يكن بملك من الأوّل، فالملك حاصل حقيقةً، والتعبّد من بعد بعدمه لا أثر له بالنسبه إلى ما تقدّم.

وثالثاً: لو سلّمنا عدم الملكيّه من أوّل الأمر، كان لازمه أنْ نقول بأن الملكيّه كانت مشروطةً بعدم مجئ الفسخ بعد ذلك، والشرط المتأخّر بلا وجه.

ورابعاً: لو كان معنى العباره ذلك فقوله «بارتفاعه» غير صحيح، لأنه عدم لا ارتفاع. وأيضاً: قوله «عاد الملك» لا معنى له، لكونه حينئذٍ باقياً فى ملك المالك الأوّل.

فالمعنى المذكور مردود بما ذكرناه، وغير منسجم مع عباراته.

بل يمكن أنْ يكون المراد: إن المباح له كان يجوز له البيع، فيكون إنشاؤه للبيع سبباً لأنْ يملك هو العين، ففى آن الإيجاب يكون مالكاً للعين، والمشترى فى آن القبول يتلقّى الملكيّه من المباح له المالك قبل آن القبول، ثم بعد الفسخ يرتفع السبب - وهو البيع - ويرتفع المسبّبان أى ملكيّته هو وملكيّه المشترى، ويتحقّق جواز التراد.

وهل أنه مع ملكيّته لما بيده بإيجابه البيع عليه، يبقى مالكاً لما أباحه للطرف الآخر، وإنما يضمن له المثل أو القيمه للعين التى تملّكها من جهه أن بيعها بمنزله التلف، أو أنه بمجرّد إيجابه للبيع والتملّك يصير ذاك ملكاً للطرف الآخر؟ وجهان.

قوله:

وكذا لو قلنا بأنّ البيع لا يتوقّف على سبق الملك، بل يكفى فيه إباحه التصرّف

ص:٣٦٣

والإتلاف ويملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعةٍ فى الأمر الرابع.

أقول:

قد تقدّم هناك أنّ الذى يستظهر من جماعه - منهم قطب الدين والشهيد - فى باب بيع الغاصب: أن تسليط المشترى للبائع الغاصب على الثمن والإذن فى إتلافه، يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً وأنه يملك الثمن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازه هذا الشراء - قال الشيخ: - ويظهر أيضاً من محكىّ المختلف... .

وفيما نحن فيه: المباح له يجوز له أنْ يبيع مال الغير من دون وكالهٍ أو إذن ويتملّك الثمن، فلو فسخ العقد رجع الثمن إلى المشترى والمبيع إلى المالك الأوّل وجاز الترادّ.

وحاصله: ثبوت جواز الترادّ فى هذين الوجهين.

قوله:

لكنّ الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

أقول:

وهو كما قال، أمّا ضعف الوجه الأوّل، فلأنه بالفسخ يرتفع ملكيه المشترى، ولا وجه لارتفاع ملكيه المباح له البائع. وأمّا ضعف الوجه الثانى، فلأنّ الشيخ يرى اعتبار دخول الثمن فى ملك من خرج عنه المثمن.

قوله:

ولو كان الناقل عقداً جائزاً، لم يكن لمالك العين الباقيه إلزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالترادّ غير متحقّق وتحصيله غير واجب.

أقول:

إنه لو كان لأحدهما الخيار بالذّات، كخيار الحيوان - وثبوته لكليهما

لاـ للمشترى فقط غير بعيد - أو بالشرط، فإنه يسقط جواز الترادّ، لخروج الشىء بالبيع عن ملكه، لأن جواز الترادّ هو استرجاع المملوك بالتعاطى، فإذا باع ارتفع موضوع الجواز، وحينئذٍ، لم يكن لمالك العين الباقيه إلزام الناقل بالرجوع فيها ولا رجوعه بنفسه إلى عينه.

بل مقتضى الدقّه أنه إذا أرجع البائع الملك إلى نفسه بالفسخ، فإنه لا يرجع جواز الترادّ، لأن هذه الملكيّه الحاصله بالفسخ غير الملكيّه السّابقه التى حصلت بالمعاطاه.

قوله:

وكذا على القول بالإباحه، لكون المعارضه كاشفةً عن سبق الملك.

أقول:

إن العقد التمليكى الجائز الذى يوقعه، إنما هو بعد تملّكه قبل العقد، فالمباح له قد تملّك فباع، فلو رجع بالفسخ فلا دليل على جواز الترادّ حينئذٍ، بل إنَّ جواز الترادّ ساقط بسقوط موضوعه.

قوله:

نعم، لو كان غير معاوضه كالهبه، وقلنا بأنّ التصرّف فى مثله لا يكشف عن سبق الملك... اتّجه الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين الاخرى أو عودها... .

أقول:

لو كان العقد الجائز لا بعقد معاوضه كالهبه، فقد خرج الشىء عن ملك المالك، لكنّ الشيخ يرى جواز الترادّ بأن هذه الهبه إنّما وقعت فى مال الغير - ولم يتملّك العين قبل الهبه - وللمالك حقّ الرجوع فى الهبه، فإذا رجع عن الهبه لكون الشىء ملكاً له، تحقّق موضوع الترادّ فى الرجوع عن المعاطاه.

هكذا نوضّح كلام الشيخ، بأنْ يكون الرجوع فى الهبه مقدّمةً للرجوع

فى المعاطاه، لا أنّ بالرجوع عن الهبه يتحقق التراد.

هـذا، وقـد تقـدّم أنّ الترادّ ردّ كـلٍّ منهمـا واسترداده فى الملكيّه، فلابـدّ من المملوكيّه والترادّ من الطرفين، وهـذا معقـد الإجماع، فيتوجّه عليه:

إن المالـك ليس له حق الرجوع، لأنّ مقتضـى الأدلّه أن الحق للواهب، فهل الواهب الـذى له الحق مقيَّد بكونه مالكاً؟ فهنا ليس لأحدهما الرجوع، وإنْ كان مطلق الواهب، فالمباح له هو الذى يرجع لا المالك، فما ذكره الشيخ غير تام.

أللّهم إلّاأنْ يقال: المستفاد من الأدلّه ثبوت حقّ الرجوع فى الهبه للواهب المالك، ثم يـدّعى أن العلّه التامّه لهـذا الحق هو حيث المالكيّه لا حيث الواهبيّه، وإذا كان كذلك فللمالك الرجوع وإن لم يكن هو الواهب.

ولا يخفى أنه تكلّف وتعسّف.

هذا أوّلاً.

وثانياً: قوله أنّ برجوع المالكِ يتحقّق موضوع الترادّ.

فيه: إنه لمّا يرجع المالـك عن الهبه التى وقعت من المبـاح له، فـإنّ العين ترجع إلى المالـك على مـا ذكره رحمه اللّه، ولكن ما الـدليل على عود الإبـاحه التعبـديّه الشـرعيّه التى اعتبرها الشارع فى المعاطاه؟ إنّ جواز الترادّ قـد جعله الشارع فى النقل والانتقال المعاطاتى، والحاصل بعد الهبه رجوعٌ إلى الملكيّه.

وثالثـاً: إذا وهب المبـاح له، كـانت هبته صـحيحهً مؤثّرهً فى الملكيّه، وبـذلك تخرج العين عن ملـك المبيـح، ولكنْ هل خرجت بالمجـانّ أو بـالعوض؟ إنّه لم يكن خروجه مجّانـاً، بـل الواقـع فى مـورد المعاطـاه هو الإبـاحه الشـرعيّه مع قصـدهما الملـك، فلو خرجت العين من يد المباح له بهبهٍ إلى

الشّخص الثالث، فقد خرجت من ملك المبيح، ودخل فى ملكه عوضاً عنها ما كان بيده ملكاً للمباح له الواهب، لكون الواهب ضامناً بهبته مال المبيح بالمسمّى وإلّا فبالمثل أو القيمه، وإذا أخذ المالك العوض لم يكن له استرداد العين الموهوبه إلى ملكه، وإلّا يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، فجواز الرجوع محال.

وتلخّص: أنه إن كان العقد الناقل جائزاً غير معاوضى، فالمعاطاه لازمه كالصّوره السّابقه.

لو باع الفضول العين؟

قوله:

ولو باع العين ثالث فضولاً، فأجاز المالك الأوّل على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً، كبيعه وسائر تصرّفاته الناقله.

أقول:

إنه بناءً على القول بالملك، لا إشكال فى نفوذ إجازه المالك الثانى. أمّا إجازه الأوّل، فقال الشيخ: لم يبعد كونه رجوعاً كبيعه. أى: إنه لو رجع عن المعاطاه فأجاز فلا إشكال، لأنها إجازه فى ملكه.

إنما الكلام فيما لو أجاز من دون رجوع سابق، فقد يقال: إجازته لغو، إذ كان له حق الرجوع فى المعاطاه، والإجازه لبيع الفضول إنما هى من المالك، وهذا ليس بمالك الآن، نعم، له الرجوع فيما ملّكه، لكنّ الرّجوع شىء والإجازه شىء آخر.

قلت: إن كان الإشكال من هذه الناحيه، أمكن الجواب: بأن المفروض كون هذا الشخص الذى له الرجوع ملتفتاً إلى أنه ليس بمالكٍ حتى يجيز، فإذا

أجاز مع ذلک، دلّت إجازته بالدلاله الالتزامیّه علی الرّجوع قبلها ووقوعها فی ملکه.

بل الإشکال هو: أنه فی بیع الفضول یعتبر الإجازه من المالک، وهـذا الشـخص بإجازته یریـد الرّجوع فیما ملّکه، فإجازته محققّه للرجوع وتملّکه، فإن کانت الإجازه فی نفس الوقت منفّـذه لبیع الفضول، لزم أنْ تؤثر الإجازه أثرین متناقضـین، هما کونه رجوعاً وتملّکاً، وکونه خروجاً للمال عن ملکه. وبعباره اخری: یلزم أن یکون الرجوع مفیـداً لملکیّه نفسه ولملکیّه المشتری من الفضول، وهذا غیر ممکن، لأن الشیء الواحد لا یمکن أن یکون مملوکاً فی وقتٍ واحد لمالکین اثنین.

لکنّ الشیخ جعـل رجوعه کبیعه، والإنصـاف هو الفرق، لأنـه لو کـان هو البـائع، فـإنْ کان بیعه بالإیجاب والقبول اللّفظیین، کان الإیجـاب منه محقّقـاً لرجوعه وبقبول المشـتری یتحقّق البیع والملکیه له، فهمـا ملکیّتـان فی وقت واحـد، أمّـا فی البیع بالمعاطـاه، فیتوقّف علی الاسترجاع من الطرف والإعطاء للمشتری، بأنْ یکون الاسترجاع رجوعاً والإعطاء بیعاً، لکنَّ الإجازه أمر واحد ولیس بمرکّب مثل البیع.

ویمکن الجواب: بـأنّ أسـاس البحوث فی المعاطـاه هو الإنشـاء، وهو یتحقّق باللّفـظ أو الفعـل، فـإذن، لا أثر لتملیک الغیر وإنشاء ملکیّته للشـیء فی عـالم الـذهن، وعلیه، فمن یجیز المعامله بقصـد الرجوع ولا یریـد العبث واللّغو، یکون دخول الشـیء فی ملکه مسبَّباً عن إرادته، وأمّـا تملیکه الغیر فمسـبّب عن إجازته، فهنا علّتان ومعلولان، وقـد تحقّقا فی وقتین، فکان القصـد أوّلاً ثمّ کان التملیک والإخراج عن الملک.

فإن قلت: الإراده الباطنیّه لا أثر لها، بل لابدّ من الکاشف، وهو

الإنشاء لا غير.

قلت: إنه لابدّ من الكاشف كما أشرنا من قبل، لكنْ لا ـ حاجه فى الإجازه والرجوع ونحوهما إلى خصوص الإنشاء، بل يكفى الكاشف كيفما كان.

وتلخّص: أن الإجازه كاشفه عن الإراده، وهى سبب الدخول فى الملك، والإجازه سبب النقل إلى الغير، فلم يجتمع فى آنٍ واحدٍ ضدّان أو نقيضان.

فإن قلت: إنّ الإجازه متوقفه على مالكيّه المجيز، وهى متوقّفه على رجوعه، فلو كانت الإجازه رجوعاً، لزم الدّور.

قلت: لا دور، لتعدّد الحيثيّه، لأنّ كون الإجازه رجوعاً يتوقّف على حيثيّه صدورها، لكنّ المتوقف على الرجوع هو تأثيرها، فذاك التوقف من حيث الوجود وهذا من حيث التأثير.

ويبقى الإشكال: بأنّ إراده الرجوع تؤثر فى عود الملك إلى المالك الأوّل، لوجود الكاشف، فمؤثريّه الإراده مشروطه بمجئ الإجازه الكاشفه، فيكون الأثر فى حين تحقّق الشرط، فلا فعليّه للرّجوع إلّافى زمان الإجازه، وزمانها هو زمان تأثير عقد الفضول، فيعود المحذور.

والجواب عنه - وهو دقيق - هو: إنه لا ـ مانع من تأثير الشىء الواحد أثرين بنحو المعيّه فى مقام التأثير، وفيما نحن فيه، إنّما يرد الإشكال لو كانت الملكيّتان متحققتين معاً فى الوجود، لكنّ الإجازه تؤثّر أوّلاً فى ملكيّه المالك، وهى مقدّمه بالتقدّم الطبعى على ملكيّه المشترى، لوضوح أنّ ملكيه المالك شرط لملكيّته، فهى متأخّره عنها طبعاً.

قوله:

ولو أجاز المالك الثانى، نفذ بغير إشكال.

ص:۳۶۹

أقول:

نعم، لا إشكال فيه، وهو واضح.

قوله:

وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحه.

أقول:

أمّا إجازه المبيح، فلا ريب فى تأثيرها، لأنّه المالک، والمفروض بقاء العين فى ملكه وكونه مباحاً عند الطرف. وأمّا إجازه المباح له، ففيها الإشكال، لكونه مباحاً له التصرّف، ولم يتصرّف التصرّف الناقل، ولا تؤثّر الإجازه منه لعدم كونه مالكاً.

نعم، يمكن أنْ يقال: إن واقع التصرّف من المجيز لا ـ من المتصرّف، لأنّ قوام البيع بالإجازه، وبعبارهٍ اخرى: كما كان له إنشاء حقيقه البيع بلفظه، كذلک له إيجاد حقيقه البيع بالإجازه لبيع الفضول، فلا فرق بين الإجازه والإنشاء.

قوله:

ولكلٍّ منهما ردّه قبل إجازه الآخر.

أقول:

أما بناءً على القول بالملک، فلو ردّ المالک الثانى، فلا إشكال فى تأثيره، لأنّه قد ردّ بيعاً واقعاً فى ملكه، وأمّا الأوّل، فلا يؤثّر ردّه، لعدم كونه مالكاً.

نعم، يمكن أن يقال: إنه لما يردّ، فهو ملتفت إلى أنّ الردّ إنما يؤثر مع حقّ الإجازه، والإجازه إنما تؤثّر مع المالكيّه، وحينئذٍ، فلمّا يردّ، فلابدّ من أنّه بردّه قَصَد الرجوع عن المعاطاه وإعاده الملک إلى نفسه، ويكون ردّه مؤثّراً، فإنْ تمّ هذا فهو، وإلّا فلا وجه لتصحيح تأثير ردّه.

ص: ٣٧٠

وأمّا بناءً على الإباحه، فردّ المبيح لا إشكال فيه كما هو واضح، وأمّا ردّ المباح له، ففيه الإشكال المتقدّم، إلّاأن يقال: كما أنّ المباح له أنْ يتصرّف بالتصرّف البيعى، كذلك له أنْ يمنع الغير عن البيع ورفعه، لأن رفع البيع نحو من أنحاء التصرّف، فإنْ تمّ هذا فهو وإلّا فلا أثر لردّه.

قوله:

ولو رجع الأوّل فأجاز الثانى، فإنْ جعلنا الإجازه كاشفةً لغا الرّجوع، ويحتمل عدمه لأنّه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ وتلغو الإجازه، وإنْ جعلناها ناقلةً لغت الإجازه قطعاً.

أقول:

للكشف أربعه أنحاء:

فتاره: حقيقى محض، حيث أن الفضول لمّا باع فقد أثّر بيعه حين وقوعه، وليس للإجازه اللّاحقه إلّاالكاشفيّه عن مؤثّريه بيع الفضول، وحينئذٍ، فلا فائده فى الردّ والرجوع، لأنه إنّما يؤثّر فى حال بقاء الملك على ملكه، والمفروض تأثير البيع وخروج الملك عن ملك المالك ودخوله فى ملك المشترى، بل يكون الرجوع رجوعاً فى ملك الغير، لأن موضوعه هو ملك المتعاطيين، فالردّ لغو والإجازه تؤثّر فى الكاشفيّه، فما أفاده الشيخ متين جدّاً.

وأُخرى: أن تكون الإجازه المتأخّره فى مؤثّره فى صحّه عقد الفضول، بأنْ تكون الإجازه المتأخّره شرطاً للصحّه، سواء قلنا بأن المتأخّر بما هو متأخّر شرط، أو قلنا بأنّ الشرط هو التعقّب، على ما سيأتى فى محلّه إن شاء اللّه.

وثالثه: الكشف الحكمى، بمعنى أنْ لا أثر للعقد فى حينه، غير أن الشّارع

قد تعبّدنا بترتيب آثار الملكيّه من حين العقد بعد الإجازه.

ورابعه: هو الكشف الإنقلابى، فإنه من حين الإجازه يعتبر الملكيّه من أوّل الأمر.

أمّا على القول بكون الكشف بنحو الشرط المتأخّر أو الكشف الحكمى أو الإنقلابى، فإنّ اللّازم القول بلغويّه إجازه الثانى وأنّ الرجوع مؤثّر، فإنه فى الشرط المتأخّر ما لم يتحقّق الشرط لا يحكم بتأثيره، فإذا رجع المالك الأوّل لم يبق مجالٌ لرجوع الثانى لعدم كونه مالكاً. وإنْ قلنا بأنه حكمى أو انقلابى فبالأولويّه، لأنّه ما لم يجز فلا أثر للعقد، فإذا جازت حكم الشارع أو انقلب، والمفروض أن المتعاطى قد رجع، وعليه، فالمجيز غير مالك ولا أثر لإجازه غيره.

هذا كلّه بناءً على الملك.

وأمّا بناءً على الإباحه - وإنْ قصدا التمليك - فباع ثالث فضولةً المال المباح، فإنْ رجع المبيح فى المعاطاه وأجاز المباح له، أثّر الرجوع ولا أثر للإجازه، لأنه بالرجوع قد خرج المال من تحت سلطنه المباح له، وهذا بناءً على الكشف الحقيقى واضح، وأمّا بناءً على النقل، فالإجازه لاغيه. وكذا بناءً على الكشف بنحو الشرط المتأخّر أو الكشف الحكمى أو الإنقلابى.

لو امتزجت العينان أو احداهما

قوله:

ولو امتزجت العينان أو احداهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد، ويحتمل الشركه وهو ضعيف. أمّا على القول بالإباحه، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج... .

ص:٣٧٢

أقول: لابدّ من تقديم امورٍ:

الأوّل: المقصود من الامتزاج هنا أن تكون الصّور النّوعيّه للأجزاء محفوظه ولا يختلط بعضها ببعض بسبب الامتزاج، وأنْ لا يكون الامتزاج سبباً لاستهلاك الأجزاء بحسب الحمل الشائع المتعارف.

والثانى: الامتزاج يقع تارةً: بين العينيين، واخرى: بين ما أخذه وسائر أمواله، وثالثه: بين المأخوذ وملك شخصٍ ثالث، ورابعه: بينه وبين سائر أموال المعطى.

وسيظهر عدم امكان المساعده مع الشيخ فى أكثر الصور.

والثالث: إذا وقع الامتزاج بين العينيين، فهما شريكان على القول بالملك والقول بالإباحه، وعلى تقدير أن يمتزج ما كان فى يد أحدهما مع مالٍ لثالث، فصاحب المال الممتزج شريك معه على القولين. وأمّا لو امتزج ما بيد الآخذ مع سائر أمواله، فلا شركه بناءً على الملك كما هو واضح، وبناءً على الإباحه، فالشركه حاصله. نعم، لو رجع المعطى، فهل تحصل الشركه أوْلا؟ فذاك بحث آخر. وعلى العكس فالعكس، فإنّه لو امتزج ما فى يد الآخذ مع سائر أموال المعطى فلا شركه بناءً على الإباحه، وبناءً على الملك فالشركه.

والرابع: قد اختلفت الأنظار فى حقيقه الشركه، هل هى الملكيّه الواحده لمالكين مثلاً فالملكيّه الواحده قائمه باثنين، لكون الملكيّه من الامور الاعتباريّه، فتقبل القيام بأكثر من واحد، وأمّا على القول بكونها من مقوله الجده أو الإضافه كما توهّم، فلا يعقل قيامها بموضوعين.

وهذا قول المشهور.

أو أنها ملكيّتان والمملوك واحد، فلكلٍّ منهما ملكيّه ناقصه بالنسبه إلى

المملوك الواحد، فإنْ حصل الإفراز، فلكلٍّ الملكيه التامّه. وهذا قول آخر.

والمشهور على أنّ حقيقه الشركه هى: أن الشىء الواحد فى حدّ نفسه قابلٌ للانقسام بحسب الكسور، فالملكيّه واحده والمالك متعدّد وكذا المملوك وهو الكسور، فكأن للملكيّه سنخين، استقلاليّه وإشاعيّه.

والخامس: الشركه الإشاعيّه تارةً: هى كذلك من أوّل الأمر، كما لو ورث جماعه المال الواحد، واخرى: تحصل الشركه بالامتزاج. وعلى الثانى:

فوجهان، إذ يحتمل أن تبقى الأجزاء الواقعيّه على ملك صاحبها إلّاأنّ الامتياز بينها فى الخارج غير ممكن، أو أنها - كما عليه المشهور - تخرج عن الملكيّه الاستقلاليّه وتصير كلّها إشاعيّه؟

والسادس: إن مورد الكلام المتعاطيان اللّذان قصدا الملك، وقد قلنا بأنّ مقتضى العمومات كونه بيعاً ولازماً، وأنّ القول بالإباحه والملك الجائز خلاف ما تدلّ عليه العمومات والإطلاقات.

وعليه، فعندنا أصلان أحدهما أصاله الملك والآخر أصاله اللّزوم، وهما المرجع فى كلّ ما كان خارجاً عن القدر المتيقَّن من دليل الإباحه أو الجواز.

وبعد:

لقد كان لكلٍّ من المتعاطيين ملك انفرادى استقلالى متعيّن فى الخارج، والقدر المتيقّن من جواز الترادّ أن يرجع العينان على ما كانا عليه من الأوصاف والملكيّه، ولكنْ قد تغيّر الوصف بالامتزاج، وتبدّلت الملكيّه من الاستقلاليّه إلى الاشتراكيّه، فإذن: يمتنع الترادّ... .

وأمّا على القول بالإباحه، فقد قال الشيخ ببقاء أصاله السّلطنه، وظاهره ثبوت الشركه فى جميع الصّور الأربعه.

ولكنّ التحقيق: ثبوت الإباحه - على القول بها - فيما لو بقيت العينان

ص:۳۷۴

على ما هما عليه، ومع الامتزاج لا ـ بقاء كذلك، فالمرجع الأصلان المذكوران، إلّا فى صوره امتزاج المأخوذ بمال المعطى، فيمكن الموافقه مع الشيخ فيها فقط.

لو وقع التصرّف المغيّر فى العين؟

قوله:

ولو تصرّف فى العين تصرّفاً مغيّراً للصّوره، كطحن الحنطه وفصل الثوب، فلا ـ لزوم على القول بالإباحه، وعلى القول بالملك، ففى اللّزوم وجهان... .

أقول:

إنّ الشىء غير تالف، والصّوره النوعيّه محفوظه، والمال موجود عنده، غير أنّ هيئه الشىء قد تغيّرت، فعلى القول بالإباحه يجوز الرجوع، وعلى القول بالملك، ففى اللّزوم وجهان... .

يعنى: إنّ جواز الترادّ كان ثابتاً قبل التصرّف المغيّر، فيقع الشك على أثر التغيّر فى بقائه، فهل يجرى الإستصحاب أوْلا؟ وقد ذكر الشيخ: منشأ الإشكال: أن الموضوع فى الاستصحاب عرفى أو حقيقى.

وقد حكى الشهيد الثانى عن بعض الأصحاب - فيما لو صبغ الثوب أو فصّل - القول باللّزوم، لامتناع الترادّ بسبب الأثر المتجدّد.

فأقول: لو ملك الإنسان شيئاً بسببٍ من الأسباب، ثمّ تصرّف فيه تصرّفاً يوجب إزدياد قيمته، فلو كان للمالك الأول خيارٌ وأخذ به، أو كان هبةً فرجع، فإنه يكون شريكاً فى الماليّه، كما عليه جماعه كالمحقّق، وقيل باحتمال الشركه فى العين.

أمّا بناءً على أنّ المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه، فإن التغيير إنْ سبّب ازدياد

القیمه، حصلت الشرکه فی المالیّه، ولا تزادّ حینئذٍ، سواء کانت الشرکه فی المالیّه أو العین، وإنْ سبّب النقص فی القیمه کان مضموناً، لأن المعاطاه کانت بنحو التضمین فی التصرّفات ضماناً بالمسمّی.

وأمّا بناءً علی الإباحه، ففی إزدیاد القیمه، الشرکه، وفی نقصانها، الإباحه بالضمان کذلک.

وعلی کلّ تقدیر، فالعوضان غیر باقیین علی ما هما علیه، وقد تقدّم أنّ مقتضی العمومات والإطلاقات أنّ هذا بیع عرفی، غیر أنّ الإجماع قد قام علی الجواز أو الإباحه، إلّاأنه دلیل منفصل مجمل، والقدر المتیقَّن منه صوره بقاء العوضین بعینهما، والمفروض عدمه، وعلیه، فلا إباحه أو ملک جائز، ویدلُّ علیه ما رواه جمیل عن بعض أصحابنا عن أحدهما علیهما السّلام:

«فی الرجل یشتری الثوب أو المتاع فیجد فیه عیباً. فقال علیه السّلام: إنْ کان الشیء قائماً بعینه ردّه علی صاحبه وأخذ الثمن، وإنْ کان الثوب قد قطع أو خیط أو صبغ، یرجع بنقصان العین» (۱).

فما ذهب إلیه بعض الأصحاب - کما حکی الشهید الثانی - هو المختار.

فسواء کان الموضوع حقیقیّاً أو عرفیّاً، لا یجری الاستصحاب بالنظر إلی العمومات. وبعباره اخری: لا تصل النوبه إلی الأصل مع وجود الدلیل.

هل یورّث جواز الرجوع؟

قوله:

ثم إنک قد عرفت مما ذکرنا أنه لیس جواز الرجوع فی مسأله المعاطاه نظیر

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸ / ۳۰، الباب ۱۶ من أبواب الخیار، الرقم: ۳.

الفسخ فى العقود اللّازمه حتى يورّث بالموت ويسقط بالإسقاط... .

أقول:

لم يصرّح بـذلك من قبـل، ولعلّه يريـد قوله فى مسأله اللّزوم بالتلف من أنّ جواز الرجوع من عوارض العوضـين لا من عوارض العقد.

إنّ خيـار الفسـخ من الحقوق وله آثار، منها الانتقال بالإرث وقبوله للإسـقاط، لكنّ جواز التراد حكم شـرعى، فلا يقبل الإسـقاط مطلقاً.

ولو قيـل: بأن الرجوع فى المعاطاه فسـخ للعقـد أيضاً، ولـذا جاء فى بعض العبارات فى مسأله المعاطاه كلمه: يجوز الفسـخ، فِلمَ لا يكون الرجوع حقّاً كذلك؟

قلنا: فرقٌ بين حلّ العقد وفسـخه بالخيار، وجواز ترادّ العوضين، فذاك يكون بالمطابقه، وهذا بالملازمه من جهه ارتفاع الموضوع به، فكلّما كان الفسخ فيه بالمطابقه فهو حق، وكلّما كان بالالتزام فهو حكم.

ولو شككنا فى أن جواز الرجوع حكم أو حق، رجع الشك إلى حدوث آثار الحق، والأصل العدم.

فالحاصل: إن جواز الرجوع لا يورّث بالموت ولا يسـقط بالإسقاط مطلقاً، لأنه حكم، ولا يشمله النبوىّ: «ما كان للميّت من ملك أو حق فهو لوارثه» (١) ومع الشك، يستصحب عدم الانتقال وعدم السّقوط بالإسقاط.

وبالجمله، فإنه لو لم يكن حكماً، فإنّ آثار الحق لا تترتّب عليه.

قوله:

بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبه، وعلى القول بالإباحه نظير

ص:٣٧٧

١- ١) رواه السيّد اليزدى عن النبى صلّى اللّه عليه وآله مرسلاً بلفظ «ما ترك الميّت من مالٍ...» حاشيه المكاسب ١ / ٤٠٣.

الرجوع فی الطعام، بحیث یناط الحکم فیه بالرضا الباطنی... .

أقول:

أمّا علی القول بالملک، فکذلک. أمّا علی القول بالإباحه، ففیما ذکر نظر:

أمّا أوّلاً: فلأن لازمه رجوع کلّ مالٍ مأخوذ بالمعاطاه إلی صاحبه بموت الآخذ، لأنّ المفروض کونه إباحهً له، وقد مات، ولیس هناک إباحه لورثته، فالتنظیر بإباحه الطعام فی غیر محلّه، وهو خلاف السّیره القطعیّه.

وأمّا ثانیاً: فإن مفهوم الإناطه بالرضا الباطنی عدم الإباحه مع الکراهه الباطنیّه، وهذا عجیب جدّاً، لأن هذه إباحه قام الإجماع ونحوه علی شرعیّتها أو أنها إباحه من المتعاطیین فی ضمن التملیک منهما، فأمضاها الشّارع دون التملیک، فهی - علی کلّ حالٍ - إباحه تعبدیّه شرعیّه، ولا وجه لإناطتها بالرضا الباطنی، ولو شک، فإنها تستصحب.

فما ذکره سهو من قلمه قطعاً.

قوله:

فلو مات أحد المالکین لم یجز لوارثه الرجوع... .

أقول:

لأن جواز الرجوع حکم، والحکم لا یورّث، ولو شک فالأصل عدمه، کما لا جواز للرجوع فی الطّرف المقابل، بأنْ یرجع علی الوارث، لأنه کان یجوز له الرجوع علی الآخذ بالمعاطاه لا علی الوارث المالک بالإرث، ولو شک، فالأصل العدم کذلک.

لکنّ مفهوم کلامه هو جواز رجوع الوارث، علی القول بالإباحه.

وفیه: إنّها کانت إباحه معاوضیّه، وقد تقدَّم أن کلّاً من العینین مضمون بما یقابله، فلو أراد الرجوع اعتبر بقاؤهما علی ما هما علیه، والحال أنه

ليس كذلك.

ولا مجال للتمسّک بقاعده السّلطنه هنا، لِما تقدَّم من لزوم المعاطاه قبل الموت بالملكيّه آناًمّا.

فالحق: عدم جواز رجوع الوارث، على كلا القولين.

لو جُنّ أحد المتعاطيين؟

قوله:

ولو جنّ أحدهما... .

أقول:

وهذا أيضاً عجيب.

أمّا على القول بالملک، فإن الوليّ له حقّ التصرّف فى أموال المولّى عليه، وقد تقدَّم أنّ جواز الرجوع ليس من الأموال بل هو حكم شرعى.

وأمّا على القول بالإباحه، فيمكن تقريبه: بأنّ المال الذى بيد المجنون للطّرف المقابل، فللولى الرجوع - من باب الغبطه - فيأخذ المال من الطّرف ويسلّمه ملكه الذى بيد المجنون.

فقوله «على القولين» لا يمكن المساعده عليه.

ص:٣٧٩

التّنبيهُ السّابع

اشاره

قال الشيخ:

إن الشهيد الثانى ذكر فى المسالک وجهين فى صيروره المعاطاه بيعاً بعد التلف أو معاوضه مستقلّه... .

أقول:

هل تجرى الخيارات فى المعاطاه؟

اشاره

موضوع هذا التنبيه جريان الخيارات فى المعاطاه وعدمه.

ولا يخفى: أن الخيار هو حلّ العقد، ونتيجته: رجوع كلٍّ من المالين إلى ملک صاحبه، وهذا المعنى موجود فى المعاطاه قبل مجئ شىء من الملزمات، فهو تحصيل للحاصل.

ولا يتوهّم، جواز اجتماع سببين من أسباب الخيار فى المورد الواحد، بأنْ يجوز الترادّ والخيار معاً، وذلک: لوضوح الفرق بين البابين، فهناک النتيجه غير حاصله، بخلاف ما نحن فيه، فإن جواز الترادّ موجود.

وما ذكره الشهيد الثانى مبنيٌّ على ما عليه المشهور من إفاده المعاطاه للإباحه، فللفقهاء فيها مسالک ثلاثه: أنها تفيد الملک الجائز، وأنها تفيد الإباحه وتلزم بالتلف ونحوه، وأنها بيع والملكيه - منوطه بالتلف ونحوه، كما فى الصّرف والسلم، وهذا ما احتمله الشهيد الثانى واختاره المحقق الخراسانى، وربما يظهر من بعض كلمات الشيخ.

ويقابل هذه الأقوال: القول بأنها معاوضه مستقلّه.

ص:٣٨٠

هذا، وقد قال الشّهيد بالتفصيل:

أمّا خيار العيب والغبن، فأثبتهما، لأن أصاله السّلامه فی العوضین تقتضی عدم العیب، وأصاله التساوی بینهما تقتضی عدم الغبن، وهذان الأصلان جاریان فی کلّ عقدٍ من العقود.

وأمّا خیار الحیوان، مع تلف الثمن أو بعضه، فجریانه مشکل - أمّا مع تلف الحیوان، فلا خیار، بل المعامله باطله، لأنّ کل مبیع تلف فی زمن الخیار فهو ممّن لا خیار له - ، إذ یحتمل أنْ تکون معاملهً مستقلَّه أو بیعاً مع الخیار، وعلی الخیار، فهل هو من حین المعاطاه أو التلف؟

قال: اللهم إلّاأنْ یجعل المعاطاه جزء السّبب والتلف تمامه.

أی: فیکون نظیر بیع الصّرف، حیث الإنشاء جزء السّبب والقبض فی المجلس تمامه.

وأمّا خیار المجلس فقال بأنه منتف.

ولعلّه من جهه أنه قبل التلف لم یکن بیع، وبعده لا مجلس.

قوله:

وکیف کان، فالأقوی أنّها علی القول بالإباحه بیع عرفیّ لم یصحّحه الشارع ولم یمضه إلّا... .

أقول:

إن من یرتّب الأثر علی التلف من الفقهاء لا یرتّبه من باب أن المعاطاه بیع، بل هو بلحاظ أنّ الإمضاء الشرعی للبیع المعاطاتی لیس إلّابعد التلف.

ثم إنه ذکر المحکّی عن الشهید الأوّل من أنها معاوضه مستقلّه جائزه أو لازمه. أی بحسب حالتی المعاطاه، فهی لیست ببیع بل إباحه معوّضیّه، فأورد علیه: بأنه کیف تحصل الملکیّه، بل علیکم أنْ تقولوا بأنّها إباحه حصل لها اللّزوم.

ص:۳۸۱

والتحقيق أن يقال:

بناءً على القول بالملك:

فی خیار المجلس بناءً علی الملک

أمّا خيار المجلس، فلو وقع التلف فی المجلس، فالخيار ثابت، لأنّ التلف وإنْ كان يقتضی اللّزوم، لكن وقوعه فی المجلس واقترانه بخياره يقتضی الخيار.

ولا يخفی أنّ هذا مبنیٌّ علی اختصاص قاعده «التلف فی زمن الخيار ممّن لا خيار له ويوجب بطلان البيع» بخيار الحيوان والشّرط، إذْ لا دليل علی جريانها فی غيرهما من الخيارات، لعدم الزمان إلّافيهما، فلو جری فی خيار المجلس أيضاً انحلّ العقد، ولم يبق بيع حتّی يثبت فيه الخيار.

فإنْ قلت: إنّ المعاطاه تلزم بسبب التلف فی المجلس ويرتفع جوازها، لكنّه لزوم يفيد الخيار، فيلزم من وجوده عدمه.

قلت: إنه بالتلف يرتفع جواز الترادّ وهو الجواز الحكمی، ويتحقّق بارتفاعه الجواز الحقّی، ولا مانع من الالتزام بذلك.

ولو وقع التلف بعد المجلس، فقبل التلف فلا خيار، لوجود الترادّ، فهو تحصيل للحاصل، وبعده لا خيار لعدم المجلس.

فی خیار الحیوان بناءً علی الملک

وأمّا خيار الحيوان، فقد يكون التالف هو الثمن، قبل الثلاثه أيام من حين المعاطاه أو بعدها، وقد يكون هو الحيوان، قبلها أو بعدها.

فإن تلف الثمن عند البائع فی الثلاثه أيّام، فما دام لم يتلف فلا خيار، وإذا

تلف لزمت المعامله بالنسبه إلى البائع وللمشترى الخيار، وإنْ تلف بعدها فلا خيار لهما، أمّا البائع، فواضح، وأمّا المشترى، فلمضىّ الثلاثه أيّام.

وإنْ تلف الحيوان، فلا خيار أصلًا، لأنه إن كان بعد الثلاثه فواضح، وإنْ كان فيها، فالعقد باطل، لأن تلف المبيع فى زمن الخيار ممّن لا خيار له، فخيار الحيوان ليس إلّافى تلف الثمن فى الثلاثه أيام، وهو للمشترى فقط.

فى خيار العيب والغبن بناءً على الملك

وأمّا خيار العيب والغبن، فإنْ كان التلف قبل ظهورهما، فلا خيار أصلًا، وإنْ كان بعد ظهور العيب، فبناءً على عدم جريان القاعده فى خيار العيب كما هو المتسالم عليه، فلا خيار للردّ وإنّما يثبت الخيار الأرشى، وأمّا خيار الغبن، فهو ثابت.

وأمّا خيار تأخير الثمن، فلا موضوع له فى المعاطاه، كما لا يخفى.

وأمّا خيار الشّرط، فتارةً هو: خيار تخلّف الشرط، كأنْ يشترط شرطاً فى زمن معيّن فلا يتحقّق، فهنا يثبت الخيار بعد التلف. واخرى: يكون قد شرط خيار الفسخ إلى شهر مثلًا، فإنه إذا تلف فى المدّه بطل العقد ولا موضوع للخيار.

وممّا ذكرنا، يظهر الحكم فى سائر الخيارات.

وهذا كلّه بناءً على القول بالملك.

وأمّا بناءً على القول بالإباحه الشرعيّه وإنْ قصدا البيع والتمليك، فالتلف قد يكون سبباً لتحقّق البيع، وقد لا يكون وتبقى الإباحه:

فى خيار المجلس بناءً على الإباحه

فأمّا خيار المجلس، فإن وقع التلف فى المجلس لم يتحقّق البيع شرعاً،

وإذا كـان التلف محقّقاً للبيع ووقع بعـد المجلس، فلا خيار لعـدم المجلس. إلّا أنْ يقال: المعاطاه لم تكن ببيع وقـد وقع التلف فى المجلس، فزمان تحقق التلف هو زمان تحقق البيع، فالخيار ثابت.

فى خيار الحيوان بناءً على الإباحه

وأمّـا خيار الحيوان، فإنْ تلف الحيوان فى الأيام الثلاثه وكان موجباً لتحقّق البيع، فهو يتحقّق فى آن التلف، وحينئـذٍ ينحلّ العقـد، لأن التلف فى زمن الخيار، فيلزم من كونه بيعاً عدم كونه بيعاً، فلا يعقل ثبوت خيار الحيوان فى هذه الصّوره.

وأمّا بناءً على قول المشهور من أنّ المعاطاه تفيد الإباحه وتلزم وتحصل الملكيّه بالتلف ونحوه، فلا يثبت شىء من الخيارات، لأن المفروض أن المعاطاه ليست ببيعٍ شرعى، والتلف ونحوه ليس ببيع بل هو سبب كسائر الأسباب من الإرث والحيازه وغيرهما.

وأمّا بناء على قول الشيخ هنا، من أنها على القول بالإباحه بيع عرفىّ...

فنقول:

إنه ما لم يتحقق التصـرّف أو التلف، فلا ملكيّه، وإذا تحقق أمضـى الشارع بيعيّه المعاطاه، فيكون التلف الجزء الأخير للسبب التام، كما قال الشهيد الثانى، ففى آن التلف أو التصرّف يتحقّق البيع ويتمُّ الموضوع لأحكامه، وعلى هذا:

ففى خيار الحيوان لابدَّ من التفصـيل بين المشترى والبائع، وبين أن يكون المتمّم للسـبب هو التلف أو التصرّف. فلو تصرّف البائع فى الثمن أو تلف عنده، ففى ذلك الحين يتحقّق البيع المعاطاتى، وهو مبدء الثلاثه الأيّام، فلو فسخ كان له بدل التالف.

وأمّا إذا وقع التصرف أو التلف فى الحيوان، فلابدّ من التفصيل، لأنه إنْ كان التلف، فلا يعقل تماميّه المعاطاه به، لوقوعه فى زمن الخيـار، فيلزم من إثبـات البيعيّه به عـدم البيعيّه، لأنّ التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له، فلا يعقل حـدوث الخيار بالتلف، وإن كان الواقع فى الحيوان هو التصـرّف الملزم من المشترى، ففى آن التصـرّف يتحقّق المقتضـى للخيار، ولكنّ خيار الحيوان يسـقط بالتصرّف، للنصّ (١)، فلا يمكن ثبوت الخيار بالتصرّف، لأنّه كلّما كان رافعاً لشيء فوجوده قبله مانع عن حدوثه.

وفى خيار المجلس، إنْ كانا فى المجلس ولا تصـرّف ولا تلف، فلا بيع حتّى يثبت الخيار، وإن وقع فى المجلس شيء من ذلك، فلا ريب فى ثبوته. ولو انقضـى المجلس ثم اجتمعا فى مكان ووقع التلف أو التصـرّف فى حال اجتماعهما، أشـكل ثبوت الخيار، لعدم انطباق أدلّه خيار المجلس على هذا الاجتماع.

فى خيار الغبن والعيب على الإباحه

وفى خيـار العيب، إنْ كـان التلف أو التصـرّف قبـل ظهوره أو بعـده، فـإنه بمجرّد وقوع أحـدهما يلزم البيع ولا رجوع، لكنْ يثبت الأرش.

وفى خيـار الغبن، إن كـان وقوع التلف أو التصـرّف قبـل ظهوره، فـإنه يثبت الخيـار بظهوره، وإن كان بعـده، فلا خيار على القول بفوريّته، وهو ثابت على القول بعدمها.

وأمـا بقيّه الخيارات، فالقاعـده الكليّه هى: إن كلّ خيار كان التلف أو التصـرّف مسـقطاً له، فلا حـدوث له، وكلّ خيار لا يسـقطه أحد الأمرين فالبيع محقق والخيار ثابت.

١- ١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣، باب سقوط خيار المشترى بتصرّفه فى الحيوان.

التّنبيهُ الثامن

اشاره

هـل العقـد اللّفظى الفاقـد لبعض الشـرائط المعتبره - كـالعربيّه والماضويّه وغيرهما - حكمه حكم المعامله المعاطاتيّه، بأنْ يكون مفيداً للملكيّه على القول بالملك والإباحه على القول بها، إلّاأنه غير لازم، بناءً على أنّ المعاطاه غير لازمه، إلّاإذا حصل شىء من الملزمات فيتحقّق الضّمان بالعوض المسمّى؟

هل حكم العقد الفاقد لبعض الشرائط حكم المعاطاه؟

المحكىّ عن المحقـق والشـهيد الثـانيين وغيرهمـا: أن القول الفاقـد لبعض الشـرائط معاطـاه، ولعلّهم يريـدون أنّه بمنزله المعاطـاه وحكمه حكمهـا، وعليه، فكيف يجمع بين هـذا الكلاـم ومـا اتّفقوا عليه من أنّ المعـامله الفاسـده لا يترتّب عليها شـىء ووجودها كالعدم؟

قال الشيخ:

فإن قلنا بعـدم اشتراط اللّزوم بشـىء زائـد على الإنشاء اللّفظى - كما قوّيناه سابقاً... فلا إشـكال فى صـيروره المعامله بذلك عقداً لازمـاً. وإنْ قلنـا بمقـاله المشـهور من اعتبار امور زائـده على اللّفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولى إلى حكم المعاطاه مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقق به مطلقاً؟

أقول:

ينبغى تقديم مقدّمه فيها امور:

الأوّل: إنّ اللّزوم والجواز من عوارض العقد، وأمّا الشّرائط المتعلّقه بالعوضين أو المتعاقدين، فلا علاقه لها باللّزوم والجواز، بل لها ربط بعالم

الصحّه والفساد، ففقدان شرائط اللّزوم أمر، وفقدان شرائط العوضين مثلًا أمر آخر، اللهم إلّاأنْ يقال بكفايه الرّضا المستكشف - ولو ضمناً - فيتعدّى إلى المورد الفاقد لشرائط العوضين مثلاً.

وعلى الجمله، فإن موضوع البحث هنا هو العقد الفاقد لشرائط اللّزوم، ولا دخل للامور الاخرى فى البحث.

والثانى: إنّ المعاوضه عباره عن جعل العوضيّه، وجعل العوضيّه أمرٌ وجعل الرّخصه فى التصرّف أمر آخر، والفرق بينهما واضح.

والثالث: التمليك وغيره من مضامين المعاملات امور إراديّه قصديّه، لكنْ لا الإراده الباطنيه، ولا هى مع إبرازها فى الخارج بأىّ نحو، بل هى إيجاد ما فى الضمير فى الخارج على النحو المعتبر، المعبَّر عنه بالإنشاء، فهو يُوجد مراده النفسانىّ وينشؤه فى الخارج، وعليه، فالمناط هو المراد النفسانى والجاعل له النفس الناطقه الإنسانيّه، لكن مع الجعل خارجاً، فإنْ اعتبرنا اللّفظ الخاصّ فهو، وإنْ قلنا بكفايه أىّ مبرزٍ كان - كما عليه السيّد رحمه اللّه - كفت المصافقه والكتابه والإشاره والإمضاء.

والرابع: المتعاملان، تارةً: يقصدان التسبّب إلى الاعتبار الشرعى للملكيّه واللّزوم، وهما يعتقدان بأنّ العقد الفاقد الذى أو جداه سبب لما يعتبره الشارع، واُخرى: هما غير ملتفتين إلى السببيّه الشرعيّه وعدمها، أو هما جاهلان بما يراه الشارع سبباً. وأمّا أنْ يوجدا عقداً كذلك وينسبانه إلى الشارع مع العلم بعدم مشروعيّته، فبعيدٌ جدّاً.

والخامس: إن الإنشاء بالقول الفاقد لبعض الشرائط، تارةً: غير متعقّب بوصول العوضين وإيصالهما، فهذا لا أثر له إلّاعلى قول الشهيد والمحقّق الثّانيين من أنّ القول الفاقد لبعض الشرائط وإنْ لم يكن عقداً لازماً إلّاأنه

معاطاه، فيكون لمثله اقتضاء التأثير، ولكلٍّ من الطرفين أنْ يتصـدّى لأنْ يتناول ما تقاولا عليه، وحينئـذٍ يترتّب عليه أحكام المعاطاه من الملزمات وغيرها، فلو نقل أحدهما الشيء قبل أنْ يتناوله بنقلٍ لازمٍ إلى ثالث لزمت المعامله.

واخرى: يتحقّق الوصول مع تراضيهما من دون إيصالٍ منهما.

وثالثه: يتحقّق الوصول بغيرِ رضاً منهما، كأن يكون قهراً عليهما وإجباراً لهما.

ورابعةً: يتعقّب بالإيصال بعنوان الجرى على مقتضى العقد.

وخامسةً: يتحقّق إنشاء التمليك ثم يتعقّبه الإقباض والإيصال بقصد التمليك عملًا، إحتياطاً أو تأكيداً للإنشاء القولى.

وسادسةً: أن ينشـئ العقـد ثم يُقبض الشـيء بداعى الإذن فى التصـرّف حتى لو كان العقد القولى فاسداً، مع علمه بفساد العقد أو جهله بذلك.

فالصّور سته. نعم، تبقى صوره ما إذا تحقّق الإيصال بلا عقدٍ لفظىّ مطلقاً ولا معاطاه من الطرفين، كدخول الحمّام ووضع الفلوس فى كوز الحمّامى، حيث لم يستبعد الشيخ أنْ يكون معاطاه، وسيأتى التحقيق فيها.

أمّا فى صوره عـدم الإيصـال والوصول، فقـد قـال المحقق والشـهيد الثانيان بكونه معاطاةً. قال الأوّل: وإنْ كان غير ما قلناه يكون معاطاه (١): أى: إنّ نفس العقد الفاقد للشرائط يكون معاطاه مع الرضا بالتصرّف، حتى لو جاء وأخذ ولم يكن إعطاء من الطرفين أصلًا. وفيه:

أوّلًا: إن المعاطاه مفاعله من العطاء، والمفروض عـدم تحقّقه، فلذا عبّرا بالمعاطاه، أللّهم إلّاأن يكون المراد أنه فى حكم المعاطاه، كما ذكرنا.

ص:٣٨٨

١- ١) رسائل المحقق الثانى ١ / ١٧٨.

وثانياً: الشرائط التى ذكراها هى الشرائط التى يذكرها الفقهاء للعقد المؤثّر شرعاً، فلو لم تكن الشرائط فلا ملكيّه ولا إباحه. أمّا الملكيّه، فلعدم الشرائط، وأمّا الإباحه، فلعدم الشرائط، وأمّا الإباحه، فلعدم التّسليط الخارجى حتى يكون متضمّناً للإباحه المالكيّه، فبأىّ وجهٍ يكون ترتب حكم المعاطاه.

وثالثاً: قوله مع الرّضا بالتصرّف. إن أراد الرّضا الباطنى، فلا دليل على تأثيره، اللّهم إلّامن باب شاهد الحال، لكنّ هذا لا ربط له بالمعاطاه لأنّها معاوضه، بحيث لو تحقّق شىء من الملزمات ثبت الضّمان بالمسمّى، أمّا الرّضا الباطنى المستكشف من شاهد الحال، فلا وجه لأنْ يكون معاطاه.

فالقول المذكور ساقط. اللهم إلّاأن نتأوّله بأنّ العقد الفاقد لبعض الشرائط تشمله العمومات، والمراد من الشرائط هى شرائط اللّزوم، فإذا فقد بعضها أفاد العقد الملكيّه غير اللّازمه، وهذا هو حكم المعاطاه.

لكن مقتضى العمومات المستدلّ بها على المعاطاه هو الملكيّه اللّازمه، سواء تحقّق الإيصال والوصول أو لم يتحقّق.

وأمّا إذا تحقّق العقد اللّفظى الفاقد لبعض الشرائط، ثمّ حصل الإعطاء بداعى التمليك، إمّا تأكيداً للعقد اللّفظى أو احتياطاً أو علم بأنَّ الإنشاء اللّفظى غير مؤثّر، فهذا معاطاه بلا ريب.

وأمّا الإيصال بمقتضى الجرى على المعامله، أو الوصول بلا إيصال من الطّرف بل قهراً عليه، ففى هاتين الصّورتين قالوا: بالفساد، لعدم كونه مؤثّراً فى الملكيّه والإيصال لم يكن برضىً مستقل، فهو لغو، والوصول القهرى فاسدٌ بالأولويّه. قال الشيخ.

وهذان الوجهان ممّا لا اشكال فيه فى حرمه التصرّف فى العوضين.

إلّا أنّ ما ذهبوا إليه إنّما يصحّ فيما إذا كانت الشرائط شرائط للصحّه، وأما

على القول بكونها شرائط اللّزوم، فالصحيح هو القول بحصول الملكيه الجائزه فى الصّوره الاُولى من الصورتين.

وأمّا الصّورتان الباقيتان:

بأنْ ينشىء العقد ثم يعطى العوض عن رضاً لكنْ لا بالرضا العاملى، ومن دون قصد إنشاء تمليك به، ومن دون أن يكون الإعطاء جرياً على العقد، بل يعطى بقطع النظر عن العقد، فهو راضٍ حتى لو نُبّه على فساد العقد.

أو بأنْ ينشئ العقد ثم يصل العوض وهو راض بذلك.

فالمفروض أن العقد فاقد للشرائط ولا ـ أثر له، والإيصال الحاصل لم يكن بقصد الإنشاء ولا جرياً على العقد، فإذن، لا يوجد الإنشاء لا ـ قولاً ـ ولا ـ فعلاً، لكنّ المعامله متقوّمه بالإنشاء كما هو معلوم، ومجرّد الرّضا لا يحقّق المعامله، فمقتضى القاعده عدم تحقّقها.

قوله:

فإدخال هذا فى المعاطاه يتوقف على أمرين: الأوّل: كفايه هذا الرّضا المركوز فى النفس بل الرّضا الشأنى... الثانى: إنه لا يشترط فى المعاطاه إنشاء الإباحه أو التمليک بالقبض... بل يكفى وصول كلٍّ من العوضين إلى المالك الآخر... وفيه إشكال من أنّ ظاهر محلّ النّزاع... ومن أنّ الظّاهر أن عنوان التعاطى... وأن عمده الدليل على ذلك هى السّيره... .

أقول:

قد ذكر الشيخ فى التنبيه الرّابع أنّ مجرّد الإباحه من المالک لا ـ يكفى لجواز التصرّفات المتوقّفه على الملک، فليس للمالك إباحه جميعها، فهل يقصد فيما نحن فيه التصرّفات المتوقّفه على الملك أيضاً؟

إنّه إن لم تكن التصرّفات المذكوره جائزةً، فهذا لا صله له بالمعاطاه،

لأنّ القائلين بإفادتها الإباحه يقولون بجوازها، وقد ذكرنا أن مقتضى التحقيق بناءً على هذا القول، أنْ تكون المعاطاه مفيده للملكيّه بشرط التلف أو التصرّفات، وكلام الشيخ ناظر إلى هذا. وعلى الجمله، فهم يقولون بجواز التصرّفات وأن المعاطاه تلزم بحصولِ واحدٍ منها.

وإنْ كان راضياً بذلك، فقد ذكر الشيخ – فى التنبيه السّابع – أنّ الرّضا لا يكون مشرّعاً، وعليه، فلا أثر للرّضا أصلاً، فكيف يقول هنا فى آخر كلامه:

هل يكفى وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا؟

فالمعيار فى المعاطاه: وصول المالين أو أحدهما مع التراضى بالتصرّف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحه.

أللهم إلّافى الموارد التى قامت السّيره عليها وتمّ استكشاف رأى المعصوم بتلك السّيره، فالمعاطاه متحقّقه فيها فقط، ولا يجوز التعدّى عنها إلى غيرها، أخذاً بالقدر المتيقّن من السّيره.

والحاصل: أن ما قال «ليس ببعيد» بعيد جدّاً.

وتحرير الكلام فى المقام:

إنّ المعاوضه بين المالين: جعل أحدهما عوضاً عن الآخر فى جههٍ، وأمّا الإباحه فى مقابل الإباحه، فإنها معاوضه بين الإباحتين لا بين المالين، وهذا إشكال آخر على كلام الشيخ رحمه اللّه، وقد تقدّم أنّ التمليك أمر إرادىّ ينشؤه الإنسان ويُوجده فى الخارج، ويسمّى إنشاءً لكونه ناشئاً من النفس، فإذا أنشأ فقد جعل المعاوضه بين المالين فى الملكيّه، وعندنا أنّ هذا بيع عرفىّ والعمومات والإطلاقات شامله له، وأمّا الشرائط، فلا دليل على دخلها فى إفاده الملكيّه – بخلاف شرائط العوضين والمتعاقدين – وعليه، فلا وجه

للقول بفساد العقد الفاقد لبعض الشرائط، بل العقد صحيح، فإنْ كانت دخيلةً فی لزومه، فالعقد الفاقد لبعضها جائز غير لازم وحكمه حكم المعاطاه، وإنْ لم يكن لها دخل فی اللّزوم، فما أنشأه بالقول مع وجدان شرائط العوضين والمتعاقدين بيع لازم.

وعلى ما ذكرنا، فلا حاجه إلى الجمع بين كلمات المحقق والعلّامه، وقول المحقق والشهيد الثانيين.

قوله:

وربما يجمع... فيقال:

أقول:

هذا الجمع من صاحب مفتاح الكرامه، وحاصله: إن من قال: بأنّ مثل هذه الصّيغه حكمها حكم المعاطاه، قال بذلك فيما إذا كان الإقباض من باب الرّضا المطلق، ومن قال: بأنه فاسد ولا يجوز التصرّف فی المأخوذ، قال بذلك فيما إذا أنشأ التمليک فاقداً للشرائط وكان إقباضه جرياً على مقتضى العقد.

وبعباره اخرى: إن كان رضاه منوطاً بالعقد، فلا أثر له، وإنْ لم يكن منوطاً به، كان مؤثّراً وبحكم المعاطاه.

قوله:

المفروض أنّ الصيغه الفاقده لبعض الشرائط لا تتضمّن إلّاإنشاءً واحداً هو التمليک، ومن المعلوم أنّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل فی ضمن التمليک بعد فرض انتفاء التمليک، والموجود بعده... .

أقول:

هذا إشكال الشيخ على وجه الجمع المذكور.

ص:٣٩٢

وببيانٍ أوفى: إنّ المفروض عندهم أنّ الشرائط دخيله فى صحّه العقد، فلا أثر للعقد الفاقد لبعض الشرائط، لكن إنحلال إنشاء التمليك إلى إنشائين أحدهما التمليك والآخر الرضا بالتصرّف، غير معقول، على أن إنشاء الرّضا بتصرف الغير فيما يملكه لغو.

وعلى الجمله، فإن الانشاء أمر بسيط، وليس بمركّب، والإقباض رضا بالتصرّف، فإن كان رضىً بفعل نفسه حيث أوصل مال الغير إلى صاحبه، فهذا باطل، وإنْ كان إقباضه بقصد التمليك، فهو معاطاه خارجيّه صحيحه قد اقترنت بعقد فاسد، ولا يضرّ بها اقترانها به، وإنْ كان إباحه فى مقابل إباحه، فهذا ليس من المعاطاه فى شىء ولا أثر له، كما تقدَّم فى التنبيه الرابع، وإنْ كان رضىً بالتصرّف بشاهد الحال، فيترتّب عليه آثار الإباحه المجانيّه ولا ربط له بالمعاطاه حتى تترتّب عليه آثارها.

وتلخّص: إن العقد فاسد، ولا أثر للإقباض الحاصل بعده أصلاً.

وقال المحقّق الخراسانى: إنّ الصّيغه المفروضه وإنْ لم تتضمّن إلّاإنشاءً واحداً، والمفروض فسادها، للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلّاأنّ الصحّه والفساد لمّا كان من الامور الإضافيه كما أشرنا إليه فى بعض الحواشى السّابقه، كان فساد الصّيغه المنشأ بها التمليك بما هى عقد البيع، ولا يترتّب عليها شىء ممّا يكون من آثار العقد، من اللّزوم وغيره، لا ينافى كونها معاطاه وداخله فى المسأله التى تكون معركه الآراء وصحيحه بما هو بيع عند بعض وإباحه عند آخر، إلى غير ذلك من الأقوال فيها، والحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزّل على أنه حكم اقتضائى لا فعلى، بمعنى أن قضيّه فساده بما هو عقد ذلك لو لم يجئ فى البين الحكم بصحّته بوجه آخر، أى بما هو بيع بغير العقد. وهذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر فى

المقامين. فتفطّن (۱).

وخلاصته: إن العقد الواقع فاسد من حيث العقديّه، وصحيح من حيث المعاطاتيه، والضّمان هو من باب الإقتضاء وعدم الضّمان من حيث المعاطاتيّه.

وما ذكره في غايه البعد عن كلام القوم، فإنّ حكمهم بالفساد مطلق لا حيثي، وقولهم بالضمان هو بالفعل لا بمجرّد الاقتضاء.

وبعد، فقد ذكرنا سابقاً أن التمليك أمر إرادی إلّاأنه يؤثر إذا أنشأه، فإن قلنا في تحقق المعاطاه بكفايه إعطاء كلّ منهما ماله للآخر، فإنّ العقد اللّفظي الفاقد للشرائط وإنْ كان فاسداً من حيث التأثير، إلّاأنه يكفي لأن يكون مبرزاً للإراده النفسانيّه للتمليك، فإذا تحقّق الإنشاء والإبراز لما في الضمير والتعاطي في الخارج، فقد تحقّقت المعاطاه، وهذا مراد المحقق والشهيد الثانيين، وحينئذٍ يكون الواقع معاطاةً حقيقةً لا بحكم المعاطاه كما تقدّم منّا.

وعلى الجمله، إنه لا يعتبر في المعاطاه آليّه الفعل للإنشاء، بل المعتبر فيها أنْ تكون واجدةً للتعاطي والإنشاء، والمركّب منهما محقق للمعاطاه، والمفروض تحقّق الأمرين في هذه الصّوره، فالمعاطاه محقّقه.

والحاصل: إنه فاسدٌ إنْ لم يكن التعاطي بعد الإنشاء أو كان الوصول قهريّاً، وهو صحيح إن كان جامعاً للشرائط وإنْ لم يكن إيصال. أمّا لو وقع العقد الفاسد لفقد بعض الشرائط ولكنْ تحقّق الإيصال بعده، فقد تحقّقت المعاطاه.

وهكذا يتمّ الجمع بين القولين.

وهذا تمام الكلام في المعاطاه.

انتهى الجزء الأوّل وسيتلوه الجزء الثاني.

ص:۳۹۴

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۲۶.

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم
هَلْ یَسْتَوِی الَّذِینَ یَعْلَمُونَ وَالَّذِینَ لَا یَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مرکز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.
وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام
تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة
تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات
توسیع عام لفکرة المطالعة
تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:
مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فی طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.



مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹